Beendigung des mittelbaren Besitzes

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Schröder
Gerichtsreferendar
aus Dorsten.

71 16

Marburg 1934

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

Beendigung des mittelbaren Besitzes

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Schröder
Gerichtsreferendar
aus Dorsten.

71 16

Marburg 1934

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk
Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juli 1934.

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet!

Inhalt.

— — — —

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Aravantinos: Die Anfechtung der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht, Iherings Jahrbücher 48, 101 ff.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., Gruchots Beiträge 42, 645.

Bekker: Das Besitzrecht des E II, Iherings Jahrb. 34, 11 ff.

Bendix: Die Besitzlehre, Sonderabdruck aus „Das Recht" 1900.

Biermann: BGB., Bd. III, Sachenrecht, 1914.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessevertreter, 1910.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen, 1901.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 1930.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1905.

Dölle: Juristische Wochenschrift 1932, 1212 ff.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. IV, bearbeitet von Breit, Hoeniger, Werner, Bd. V 2, bearbeitet von Bing und Lehmann, 1932.

Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens, 1908.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1900.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Einleitung, Allgemeiner Teil, bearb. von Nipperdey, 1931.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, neu herausgegeben von Titze, 1932.

Fleck: Der Bote, Archiv des Bürgerlichen Rechts, Bd. 15, 337 ff.

Fuld: Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht, Archiv f. d. zivil. Praxis 89, 402 ff.

von Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 1929.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. II, 1905.

Heck: Grundriß des Sachenrechts, 1930.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte, 1889.

Herschel: Juristische Wochenschrift 1933, 1996.

Heymann: Die dinglichen Wirkungen der handelsrechtlichen Traditionspapiere, Festgabe für Felix Dahn, Bd. III, 133 ff.

Jacobi: Wertpapiere, Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Bd. IV 1, 125 ff., 1917.

— Grundriß des Rechts der Wertpapiere im allgemeinen, 1925.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung, Bd. II, 1913.

Jung: Willensänderung des Besitzmittlers, „Recht" 1919, 353.
Kluckhohn: Verfügungen zugunsten Dritter, 1914.
Kniep: Besitz des BGB., gegenübergestellt dem römischen und dem germanischen Recht, 1900.
Kreß: Besitz und Recht, 1909.
Last: Fragen der Besitzlehre, Iherings Jahrbücher 63, 71 ff.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
— Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.
— Juristische Wochenschrift 1928, 398.
Maenner: Das Sachenrecht, 1906.
Mengelkoch: Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB.?, Iherings Jahrbücher 76, 53 ff.
Makower-Löwe: Kommentar zum HGB., 1906.
Mentzel: Kommentar zur Konkursordnung, 1928.
Müller: Die Veräußerung künftiger Mobilien, Gruchots Archiv 54, 226 ff.
Müller-Erzbach: Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, Iherings Jahrbücher 53, 331 ff.
Oertmann: Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 74, 580 f.
Planck's Kommentar zum BGB., Bd. III, bearbeitet von Brodmann und Strecker, 1932.
Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, 1905.
— Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, Juristische Wochenschrift 1908, 395.
Ritter: Kommentar zum HGB., 1932.
Rohde: Studien im Besitzrecht, 1907 — 13.
Rosenberg: Kommentar zum BGB., Bd. III 1, 1919.
Sokolowski: Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen BGB., 1907.
Staub's Kommentar zum HGB., bearbeitet von Pinner, Bondi, Gadow und Heinichen, 1933.
Schaps: Seerecht, herausgegeben von Mittelstein und Sebba, 1921.
von Schwerin: Recht der Wertpapiere, 1924.
Schliewen und Busch im Kommentar von Reichsgerichtsräten (RGRK.) Bd. III, 1929.
Soergel: Kommentar zum BGB., Bd. II, 1929.
Staub's Kommentar zur Wechselordnung, fortgesetzt von Dr. J. Stranz und Dr. M. Stranz, 1926.

Staudinger's Kommentar zum BGB., Bd. III, 1, bearbeitet von Kober, 1926.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB., Jherings Jahrbücher 38, 1 ff.
— Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1901.
von Tuhr: Deutsche Juristenzeitung 1899, 350.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1930.
von Wendt: Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuchs, Arch. f. d. zivil. Praxis 87, 40 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1909.
Wolff, Martin: Sachenrecht, 1932.
— in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts IV, 1, S. 1 ff.
Zitelmann: Uebereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, Jherings Jahrb. 70, 1 ff.

— — — —

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB.

— — — —

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsfinanzhofes.

— — — —

§ 1. Einleitung.

Gemäß § 868 BGB. ist Voraussetzung des mittelbaren Besitzes an einer Sache:

1. daß die Sache sich im unmittelbaren Besitz eines anderen, des Besitzmittlers, befindet;
2. daß der Besitzmittler den Besitz der Sache hat als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

„Aehnliche Verhältnisse" im Sinne des § 868 sind z. B. Leihe, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Verkaufskommission, Frachtvertrag, Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, Wohnrecht, Vormundschaft, Ehe (der Mann ist Besitzmittler der Frau hinsichtlich des eingebrachten Gutes, aber auch hinsichtlich des Gesamtgutes), Testamentsvollstreckung, elterliche Gewalt, Erbbaurecht. Auch im öffentlichen Recht gibt es Besitzmittlungsverhältnisse im Sinne des § 868, z. B. Konkurs- und Zwangsverwaltung (hinsichtlich der vom Verwalter in Besitz genommenen Sachen des Schuldners), Pfändungspfandrecht[1]).

Der mittelbare Besitz kann auch mehrfach gestuft sein. § 871 BGB.: „Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer". Hat z. B. der unmittelbare Besitzer die Sache von einem Nießbraucher gemietet, so ist der Nießbraucher der nächste, der Besteller des Nießbrauchs der entferntere mittelbare Besitzer. Die Stufen des mittelbaren Besitzes können auch noch zahlreicher sein. So ist z. B. folgende Besitzstufung möglich: Erbe, Testamentsvollstrecker, Mieterin, Ehemann der Mieterin (Untervermieter), Untermieter. Alle in einer derartigen entfernteren Beziehung zur Sache stehenden Personen sind nach § 871 BGB. mittelbare Besitzer.

Ueber den Verlust des mittelbaren Besitzes enthält das BGB. keine Vorschriften außer dem § 870, der bestimmt, daß der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden kann, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sonst der mittelbare Besitz beendigt werden kann, ist daher nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beantworten. Das war offenbar auch die Ansicht der Verfasser des Gesetzes; denn eine im ersten Entwurf, § 813 Abs. 2, enthaltene Bestimmung über den Verlust des mittelbaren Besitzes ist später gestrichen worden, und auch ein bei der Beratung der II. Kommission gestellter Antrag, der die Auf-

---

[1]) RGRK. Bem. 3 zu § 868; Kober bei Staudinger Bem. III 2 zu § 868; Wolff, Sachenrecht, § 8 I c; Brodmann bei Planck Bem. 2 zu § 868; Biermann Bem. 6 zu § 868; Rosenberg Bem. II zu § 868.

z. B. der Pfandschuldner leiht die in seinem unmittelbaren Besitze befindliche Pfandsache dem Pfandgläubiger, dauert der bisherige mittelbare Besitz fort. Der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Mittler erlischt in diesem Falle nicht. Er wird nur für die Zeit, in der der mittelbare Besitzer selbst die Sache in der Hand hat, zu einem bedingten.

Ohne Einfluß auf den Bestand des mittelbaren Besitzes ist der Tod des Besitzmittlers; denn die Vorschrift des § 857 BGB. bestimmt, daß der Besitz auf den Erben übergeht. Danach gehen alle Besitzrechte und -pflichten, die zur Zeit des Todes des unmittelbaren Besitzers in dessen Person bestehen, also auch die Rechte und Pflichten aus dem hinsichtlich der Sache bestehenden Besitzmittlungsverhältnis, ohne weiteres auf den Erben des unmittelbaren Besitzers über[10]).

Die Vorschrift des § 857 BGB. gilt aber nicht nur für den unmittelbaren, sondern auch für den mittelbaren Besitz. Das ergibt sich aus ihrer allgemeinen und vorbehaltlosen Fassung[11]). Außerdem folgt die Vererbung des mittelbaren Besitzes aus der Vorschrift des § 1922 BGB., nach der der Herausgabeanspruch auf den Erben des mittelbaren Besitzers übergeht, in Verbindung mit der Vorschrift des § 870 BGB., die anordnet, daß der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen werden kann. Die Ansicht einiger Schriftsteller, die Vererbung des mittelbaren Besitzes ergebe sich lediglich aus den Vorschriften der §§ 1922, 870 BGB.[12]), findet im Gesetz keine Stütze; denn nach § 868 BGB. hat auch der mittelbare Besitzer Besitz, und folglich müssen sämtliche Vorschriften des BGB. über den Besitz, soweit sich nicht aus der rechtlichen Natur des mittelbaren Besitzes Ausnahmen ergeben, auch auf den mittelbaren Besitz Anwendung finden. Demnach wird der mittelbare Besitz sowohl nach § 857, als auch nach § 1922 in Verbindung mit § 870 BGB. vererbt.

Es handelt sich bei der Vererbung des mittelbaren Besitzes um einen der weiter unten (§ 4) behandelten Fälle der Beendigung des mittelbaren Besitzes durch Uebergang auf eine andere Person. Trotzdem soll sie der besseren Uebersicht wegen und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen schon im folgenden im Zusammenhang mit der Vererbung des unmittelbaren Besitzes näher erörtert werden.

Der Uebergang des Besitzes auf den Erben findet nach § 857 BGB. in jedem Falle der Erbfolge statt, mag auch der Erbe die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht erlangen oder mag er von der Erbfolge nichts wissen. Wenn in den §§ 2025, 2027 das Gesetz gewisse Rechtsfolgen an die fernere Voraussetzung knüpft, daß der Erbe den Besitz an der Nachlaßsache tatsächlich ergriffen hat, so liegt in dieser Besitzergreifung kein Akt des Besitzerwerbs, sondern nur ein weiteres, den

[10]) Brodmann bei Planck Bem. 1 zu § 857.

[11]) Kober bei Staudinger Bem. I 3; III zu § 857; RGRK. Bem. 1 zu § 857; Brodmann bei Planck Bem. 3 zu § 857; Kreß S. 217; RG. 83, 229.

[12]) Rohde Abschn. I, 66 f.; XVII, 1; XXI, 58: Rosenberg Bem. II zu § 857.

bestehenden Besitz qualifizierendes Tatbestandsmerkmal[13]). Es ist auch nicht erforderlich, daß der Erbe willensfähig ist. Sogar ein bereits erzeugter, aber noch nicht geborener, kann nach § 1923 Abs. 2 BGB. Erbe und folglich auch Besitzer werden.

Der § 857 BGB. greift auch dann Platz, wenn der Besitz des Erblassers aus einer Stellung herrührte, die ihrerseits nicht übertragbar war, vielmehr mit dem Tode des Erblassers notwendig ihr Ende erreichen mußte, insbesondere also aus der Stellung des Erblassers als Nießbraucher, Beauftragter, Vormund, Testamentsvollstrecker, Konkurs- oder Zwangsverwalter[14]). Nichts nötigt, hier eine Ausnahme anzunehmen. Im Gegenteil hat diese Ausdehnung einen guten Sinn, da diese Erben die Pflicht haben, für die Erhaltung der Sache zu sorgen, für die Herausgabe verantwortlich sind und andererseits eben zur Wahrnehmung dieser Pflicht Besitzschutz benötigen[15]). Hat aber der Vertreter als solcher zu dem verwalteten Vermögen gehörige Gegenstände in fremde Hand gegeben, z. B. als Konkursverwalter Wertpapiere „für die Masse" bei einer Bank hinterlegt, so steht der den unmittelbaren Besitz vermittelnde Herausgabeanspruch nicht ihm persönlich, sondern dem Vertretenen, d. h. in unserem Falle dem Gemeinschuldner, zu. Der Konkursverwalter hat nur das Recht, den Herausgabeanspruch für den Gemeinschuldner auszuüben. Er kann also keinen mittelbaren Besitz haben, und folglich kann auch nicht der mittelbare Besitz an den hinterlegten Wertpapieren auf die Erben des Konkursverwalters übergehen[16]).

Aehnlich ist die Rechtslage, wenn die Sachen sich in der Hand von Besitzdienern befinden, die als Angestellte des Vertretenen in dessen Haushalt oder Geschäft tätig sind. Hier ist der Verwalter ebenfalls nicht Besitzer; denn die Angestellten des Vertretenen sind dessen Besitzdiener, nicht die des Verwalters. Der Verwalter hat lediglich das Recht, an Stelle des Vertretenen die im § 855 BGB. erwähnten Weisungen an die Besitzdiener zu erteilen. Der Tod des Vertreters kann also auch in diesem Falle auf die Besitzverhältnisse an den der Verwaltung unterliegenden Sachen keinen Einfluß haben[17]). Einige Anhänger der Ansicht, daß der Vertreter in dem oben angeführten Falle unmittelbarer Besitzer der Sachen sei, nehmen an, ein Uebergang dieses Besitzes auf den Erben des Vertreters findet deshalb nicht statt, weil die Besitzdiener eine tatsächliche Einwirkung dieser Erben auf die Sachen nicht zulassen würden[18]). Diese Schriftsteller gehen also davon aus,

---

[13]) s. Brodmann bei Planck Bem. 2 zu § 857.

[14]) so Kober bei Staudinger Bem. III zu § 857; RGRK. Bem. 1 zu § 857; Brodmann bei Planck Bem. 3 zu § 857; Rohde, Abschn. XVIII, 4; a. A. Wolff § 5 II 3.

[15]) s. Prot. 3, V, 652.

[16]) Brodmann bei Planck Bem. 3 zu § 857; Jäger, Konkursordnung, Bem. 6 zu § 117 KO.; Mentzel, Konkursordnung, Bem. 3 zu § 117 KO.

[17]) Rosenberg Bem. II 2 c zu § 857; Biermann Bem. 2 zu § 857; Brodmann bei Planck Bem. 3 zu § 857; Strohal, Erbrecht § 63, 4 c; Iherings Jahrbücher 38, 99; Gierke § 115, 56; Fischer-Henle Bem. 1 zu § 857; Kretz, 189; a. A. Binder 54 f.

[18]) s. Rohde XVIII S. 12, a. A. Rosenberg Bem. II 2 c zu § 857.

es sei Voraussetzung für den Besitzerwerb des Erben, daß er in der Lage sei, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben[19]). Dies kann aber so allgemein nicht zutreffen; denn sonst würde der Hauptzweck des § 857 BGB., den Erben in die Lage zu versetzen, sich mit Hilfe der Besitzansprüche die tatsächliche Gewalt über die zum Nachlaß gehörenden Sachen zu verschaffen, fast völlig vereitelt. Gerade in dem wichtigen Falle, daß ein „Erbschaftsbesitzer" (§§ 2018 ff. BGB.) oder ein sonstiger Nichterbe ihn an der Einwirkung auf die zur Erbschaft gehörenden Sachen zu hindern sucht, hätte er nicht die Ansprüche aus §§ 861, 1007 BGB., und im Falle einer Veräußerung durch einen Nichtberechtigten wären ihm die Sachen nicht „abhandengekommen". Schließlich will auch das Gesetz im § 857 garnicht den Uebergang der Sachherrschaft auf den Erben des Besitzers anordnen. Dazu wäre es ohnmächtig[20]).

Allerdings können Sachen in eine Lage kommen, in der sie überhaupt jedem menschlichen Zugriffe entzogen sind, z. B. der Besitzer ist mit den Sachen ins Meer versunken. In diesem Falle einen Uebergang des Besitzes an den Sachen anzunehmen, wie Kober[21]) es will, wäre leere Konstruktion[22]).

Lebhafter Streit herrscht auch über den Fall, daß von mehreren Gesellschaftern, die gemeinschaftlich Vermögen besitzen, einer verstirbt, und die Gesellschaft durch den Tod dieses Gesellschafters nicht aufgelöst wird, sondern zwischen den übrigen fortgesetzt wird (§§ 727, 736 BGB.). Strohal[23]) lehrt, der Mitbesitz des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen wachse hier, ebenso wie das Gesellschaftsvermögen selbst, den übrigen Gesellschaftern zu, gehe also nicht auf den Erben über. Dieser Auffassung gegenüber ist zu betonen, daß der Besitz an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen durch den Uebergang des Eigentums an ihnen nicht beeinflußt wird. Es besteht also kein Grund, hier eine Ausnahme von der Vorschrift des § 857 BGB. anzunehmen, zumal die Gegenmeinung dazu führen müßte, auch den von dem verstorbenen Gesellschafter ausgeübten Alleinbesitz an einer zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sache von dem Uebergang auf seine Erben auszunehmen[24]). Unhaltbar ist auch die von Kober[25]) vertretene Auffassung, in Fällen dieser Art gehe der Besitz durch eine vorweggenommene, bereits im Gesellschaftsvertrage bedingt erklärte Tradition auf die übrigbleibenden Gesellschafter über. Eine solche Tradition lebt, wie Brodmann[26]) mit Recht bemerkt, nur in der juristischen Konstruktion.

---

[19]) s. insbes. Rohde XVIII S. 5 ff.
[20]) s. Wolff, § 12, I 4.
[21]) s. Kober bei Staudinger Bem. IV 2c zu § 857, wo ausgeführt wird, der Besitz gehe auch in Fällen der angegebenen Art auf den Erben über, der Rechtssatz bleibe aber ohne praktischen Erfolg, weil der Erbe den Besitz nicht weiter ausüben könne; s. dazu Strohal, Erbr. S. 97 ff.
[22]) s. Brodmann bei Planck Bem. 2 zu § 857; Wolff § 12 Note 2.
[23]) Erbrecht, § 63, 4 a.
[24]) Brodmann bei Planck Bem. 3 zu § 857: Binder S. 53.
[25]) s. Kober b. Staudinger Bem. IV 2 a zu § 857.
[26]) bei Planck Bem. 3 zu § 857.

Eine Besitzvererbung findet nicht statt bei der Nacherbfolge (§§ 2100 ff. BGB.)[27]. Dies wird von manchen bestritten:

Einige Schriftsteller wollen den § 857 BGB. auf alle Fälle der Nacherbfolge anwenden[28], andere nur in den Fällen, in denen der Nacherbe die Möglichkeit habe, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben[29], und wieder andere nur dann, wenn der Vorerbe den Besitz der Nachlaßsache nur auf Grund des § 857 BGB. erlangt und noch nicht tatsächlich ergriffen habe[30].

Die von diesen Schriftstellern angeführten Gründe können nicht überzeugen. Der Uebergang des Besitzes des Vorerben auf den Nacherben könnte nur dann erfolgen, wenn der Vorerbe zugleich mit dem Eintritt der Nacherbfolge den Besitz verlöre. Das ist aber nicht der Fall; denn wenn die Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben eintritt, so behält er den Besitz, weil das Erlöschen des Rechts zum Besitze für sich allein niemals den Untergang des Besitzes herbeiführt[31]. Das muß auch dann gelten, wenn der Vorerbe den Besitz ausschließlich auf Grund des § 857 BGB. erlangt hat; denn auch ein derartiger Besitz ist wahrer Besitz. Tritt aber der Fall der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben ein, so geht der Besitz des Vorerben auf seine Erben über, nicht aber auf den Nacherben, der Rechtsnachfolger des Vorerben, nicht aber des Erblassers ist. Daß die Sachen, die der Nacherbfolge unterliegen, nicht zum Nachlasse des Vorerben gehören, ist gleichgültig; denn es kommt nach § 857 BGB. lediglich auf die tatsächliche, nicht auf die rechtliche Zugehörigkeit zum Vermögen des Erblassers an. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch die Vorschrift des § 2130 BGB., nach der der Vorerbe bzw. dessen Erbe verpflichtet sind, die Erbschaft dem Nacherben herauszugeben. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn der Besitz bereits mit dem Eintritt der Nacherbfolge auf den Nacherben übergegangen wäre[32].

Von vielen wird die Ansicht vertreten, das Prinzip des § 857 BGB. gelte auch für andere Fälle der Gesamtrechtsnachfolge. So wollen einige diese Vorschrift anwenden auf den Anfall des Vereins- oder Stiftungsvermögens an den Fiskus, §§ 46, 88 BGB.[33]. Andere gehen noch weiter und wollen die Anwendung des § 857 BGB. auf sämtliche Fälle der Gesamtrechtsnachfolge und auf die Anwachsung von Anteilen an einer Gemeinschaft zur gesamten Hand ausdehnen, z. B. auf den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1438, 1483 BGB.), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519 BGB.), der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549 BGB.), Entstehung oder Wegfall eines Ver-

---

27) s. Rosenberg Bem. II 2 b; Brodmann bei Planck Bem. 3 zu § 857; Binder S. 60.

28) Sokolowski S. 314; Gierke, D.P.R. II § 115, 58, 59.

29) Biermann Bem. 4 zu § 857; Kober bei Staudinger Bem. IV 2 b zu § 857; Rohde Abschn. XXI, 20 ff.

30) Wolff § 12 II 1; Strohal, Erbr. II S. 75; Iherings Jahrb. 38 104; Endemann § 37, 2 c.

31) Rohde, Abschn. XXIII, S. 21.

32) s. Rosenberg Bem. II 2 b zu § 857.

33) s. Wolff § 12, Einleitung u. II; Kober bei Staudinger Bem. II 3 zu § 857; Gierke, DPR. § 115 N. 63, 64; Crome III § 342, 7.

waltungsrechts an einem Vermögen oder Sondervermögen (Testamentsvollstreckung, Vormundschaft), auf die Anwachsung von Anteilen am Gesellschaftsvermögen, die Eingemeindung und ähnliche Fälle[34]).

Es erscheint indessen die entsprechende Anwendung des § 857 BGB. auf derartige Fälle als nicht begründet. Diese Vorschrift wird dadurch gerechtfertigt, daß ohne sie beim Tode einer Person der Erbe oft nicht die Möglichkeit hätte, sich die tatsächliche Gewalt über die Nachlaßgegenstände zu verschaffen und daß andererseits häufig niemand da wäre, der von Dritten, welche Ansprüche auf Herausgabe von Sachen an die Erbschaft zu machen haben, belangt werden könnte. Diese Gründe bestehen aber nur für den Erbfall, nicht für die anderen Fälle der Gesamtrechtsnachfolge. Wird der Besitz an einer zu einem der Gesamtrechtsnachfolge unterliegenden Vermögen gehörenden Sache vor der Herausgabe oder vor der Besitzergreifung des Nachfolgers verletzt, so hat der Vorgänger den Nachfolger die ihm hierdurch erwachsenden Ansprüche abzutreten, wenn letzterer nicht, was z. B. für den Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, Vormund zutrifft, sie ohne weiteres geltend machen kann. Außerdem wären, wenn der Besitz im Zeitpunkte der Entstehung eines Verwaltungsrechts an einem Sondervermögen auf den Verwaltungsberechtigten überginge, die Vorschriften der §§ 1375, 2205 Satz 2 BGB., 117 KO., 150 des Zwangsversteigerungsgesetzes, die ein Recht auf Besitznahme begründen, überflüssig. Es ist demnach anzunehmen, daß der Besitz an den zu einem in der oben angegebenen Weise übertragenen Vermögen gehörigen Sachen durch die Uebertragung nicht berührt wird. Soll der (mittelbare oder unmittelbare) Besitz übergehen, so muß er bei jeder einzelnen Sache in der für sie gesetzlich bestimmten Form übertragen werden.

Es besteht auch die Möglichkeit, daß der mittelbare Besitzer den unmittelbaren oder umgekehrt der unmittelbare den mittelbaren Besitzer beerbt. In dem ersten Falle wird der mittelbare Besitzer nach § 857 BGB. zum unmittelbaren, während gleichzeitig sein mittelbarer Besitz erlischt. Im zweiten Falle erledigt sich gleichfalls der mittelbare Besitz und der unmittelbare bleibt bestehen.

b) Die einzelnen Arten des Verlustes des unmittelbaren Besitzes.

1. Die Aufgabe des unmittelbaren Besitzes.

Das BGB. unterscheidet im § 856 die Besitzaufgabe, d. h. den freiwilligen Besitzverlust, und den Verlust des Besitzes „in anderer Weise" d. h. den unfreiwilligen Besitzverlust. Diese Unterscheidung hat für die Besitzbeendigung selbst keine Bedeutung, aber das Gesetz knüpft an den unfreiwilligen Besitzverlust eine Reihe besonderer Wirkungen und macht ihn so zu einem wichtigen Begriffe[35]).

Zur Aufgabe des unmittelbaren Besitzes ist erforderlich und ausreichend, daß der unmittelbare Besitzer eine Handlung vornimmt, welche

---

[34]) s. Rosenberg Bem. VII zu § 857; Brodmann bei Planck Bem. 2 zu § 857; Rohde, Abschn. XXIII, 43.

[35]) s. unten unter c).

nach der Verkehrsanschauung eine Zerstörung seiner tatsächlichen Gewalt über die Sache zur Folge hat[36]).

Das zur Besitzaufgabe führende Handeln kann in einem Tun bestehen, z. B. der Besitzer wirft die Sache weg. Es kann aber auch ein Unterlassen genügen; denn auch das Unterlassen einer Körperbewegung kann unter Umständen rechtlich als eine Handlung angesehen werden[37]). Das ist durchaus keine Fiktion, sondern es entspricht den wirklichen Verhältnissen; denn um einen bestimmten Erfolg zu erreichen, kann jemand eine Körperbewegung auch gerade unterlassen, z. B. ich lasse beim Aussteigen aus der Straßenbahn meine Zeitung auf meinem Platze liegen, weil ich sie nicht mehr haben will.

Während der Tatbestand der Besitzaufgabe bei beweglichen Sachen im allgemeinen sinnfällig ist und nur selten Schwierigkeiten bereitet, ist es nicht leicht, die Voraussetzung der Aufgabe des Besitzes an einem Grundstück sicherzustellen. Darin, daß der Besitzer das Grundstück dauernd vernachlässigt, kann eine Besitzaufgabe nur dann gefunden werden, wenn weitere Umstände hinzukommen, z. B. der Besitzer erklärt der gegen ihn einschreitenden Behörde, er wolle mit dem Grundstück nichts mehr zu tun haben. Nach der Ansicht von Strohal[38]) soll der Besitzer eines Grundstücks wenigstens dann, wenn sein Besitz lediglich auf Erbgang beruht, ihn durch öffentliche Kundgebung aufgeben können. Es wäre ohne Zweifel zweckmäßig, dies durch eine gesetzliche Vorschrift zu bestimmen, aber ohne eine derartige Bestimmung ist es nicht geltendes Recht.

Der der Aufgabehandlung zugrundeliegende Wille braucht hinsichtlich seines Zielpunktes nicht rechtlich qualifiziert zu sein. Der Wille gewinnt beim Besitz überhaupt keinen rechtsgeschäftlichen Charakter. Der Besitzer braucht nicht die Beendigung seines Besitzes, sondern nur die Beendigung seiner tatsächlichen Gewalt als solcher zu wollen. Von einem Rechtsgeschäft im Sinne des BGB. darf nur dort gesprochen werden, wo ein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille gegeben ist. Daß das BGB. als Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit einer Handlung zwar einen Willen des Handelnden, aber keinen rechtsgeschäftlichen Willen verlangt, ist unbestritten. Z. B. braucht bei der Mahnung nicht die Rechtswirkung des Verzuges erstrebt zu werden, sondern lediglich die tatsächliche Leistung des Schuldners; bei der Verarbeitung (§ 950 BGB.) braucht der Verarbeitende keinen Eigentumserwerb zu beabsichtigen, sondern nur den Willen zu haben, dem Stoff eine neue Gestalt zu geben und diesen Willen zu verwirklichen. Derartige Akte sind keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen[39]), vielmehr bloße „Rechtshandlungen"[40]).

---

36) RGRK. Bem. 1 zu § 856; Wolff § 15 I 1; Rosenberg Bem. II zu § 856; Kober bei Staudinger Bem. II 1 b zu 856; Biermann Bem. 2 zu §856.

37) RGRK. Bem. 1. zu § 856.

38) Jherings Jahrbücher 38, 108.

39) Manigk, Willenserkl. u. Willensg., 658 f.; Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 89 ff.; Brodmann bei Planck Bem. 2 zu § 856; Gierke DPR. II § 115 VI 1 a; Biermann Bem.

Hieraus ergibt sich, daß auch ein Geschäftsunfähiger imstande ist, den Besitz aufzugeben, wenn nur sein Wille reif genug ist, sich auf die Beendigung der tatsächlichen Sachherrschaft zu richten. So kann, wer geheilt, aber noch wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, den Besitz aufgeben, das sechsjährige Schulkind kann sich des Besitzes an seiner Schiefertafel entledigen. Unfähig zur Besitzaufgabe ist dagegen, der Tobsüchtige, der im Fieber Phantasierende, das neugeborene Kind[41]), weil sie selbst den bloßen Willen zur Rechtshandlung nicht haben können.

Aus der Natur der Besitzaufgabe als Rechtshandlung folgt weiter, daß sie nicht an eine Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft werden kann[42]). Ebensowenig sind auch die Vorschriften über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB.) anwendbar. Trotzdem ist aber eine Besitzaufgabe durch Vermittlung eines anderen möglich, nämlich dann, wenn die Tätigkeit des anderen im Einverständnis des Besitzers und in tatsächlicher Gehilfenschaft vorgenommen wird; denn, wie innerhalb des Gebietes der Rechtsgeschäfte genau so wie der Vertreter auch der bloße Gehilfe oder Bote den Geschäftsherrn berechtigt oder verpflichtet, muß auch bei Rechtshandlungen eine tatsächliche Gehilfenschaft zulässig sein[12]).

Die Besitzaufgabe ist auch in der Weise möglich, daß der Besitz derivativ auf einen anderen übertragen wird. Es fragt sich wiederum, ob eine derartige Uebergabe des Besitzes ein Rechtsgeschäft oder gar ein Vertrag ist. Ist dies zu bejahen, so folgte daraus notwendig, daß auch alle Grundsätze über Verträge auf sie Anwendung finden, insbesondere die über Willensmängel und über Geschäftsfähigkeit; und zwar müßte auf Seiten des Gebers volle Geschäftsfähigkeit vorhanden sein, auf Seiten des Nehmers mindestens beschränkte Geschäftsfähigkeit. Wie oben bereits ausgeführt wurde, verliert der Besitzer seinen Besitz schon durch die bloße Tatsache, des Unterganges seiner tatsächlichen Gewalt. Ebenso steht fest, daß der Erwerber durch Herstellung des tatsächlichen Gewaltverhältnisses in seiner Person nach § 854 Abs. 1 Besitz erwirbt, mag auch das zur Besitzübertragung führende Geschäft ungültig sein. Die Frage nach den Erfordernissen der Uebergabe ist aber in diesem Zusammenhange deshalb von besonderer Bedeutung, weil es in manchen Fällen, insbesondere bei einer Uebergabe durch Geschäftsunfähige, von ihrer Beantwortung abhängt, ob der Besitz als aufgegeben oder als unfreiwillig verloren anzusehen ist.

Bei der körperlichen Uebergabe hat die Willensübereinstimmung der Parteien keinen rechtsgeschäftlichen Charakter; denn sie bezieht sich,

---

2 zu § 856; Kober bei Staudinger Bem. II 1 b zu § 856: Rosenberg Bem. II 2 zu § 856; Dernburg, Sachenrecht § 21, 2; Cosack § 8, 2; Warneyer Bem. I zu § 856; Rohde XV, 60; Kreß, 162 ff.; Nipperdey bei Enneccerus § 129 IV 2 b; RGRK. Bem. 1 zu § 856; Oertmann, Bl. f. Rechtsanw. 74, 580; a. A. Endemann § 40 N. 16; Kniep 284.

40) Manigk, Willenserkl. u. Willensg. 663, 652.

41) s. die in Note 39 Genannten.

42) Manigk, Willenserkl. und Willensgesch. 695; Brodmann bei Planck Bem. 2 zu § 856; Biermann Bem. 2 zu § 856; Wolff § 15 I 1, Rosenberg Bem. II 2 zu § 856.

ebenso wie der Wille des Besitzers bei der einseitigen Besitzaufgabe, nur auf einen tatsächlichen Erfolg, nämlich die Aenderung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Der Besitzer gestattet lediglich die Ergreifung der Sache durch den Erwerber als faktische Handlung. Es genügt sogar, daß er selbst die Gewalt des Erwerbers herstellt, ohne daß dieser etwas davon weiß. In diesem Falle könnte überhaupt von Konsens nicht die Rede sein. Es fehlt eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Erwerbers, aber auch eine Willenserklärung des Vorbesitzers; denn dieser nimmt, wenn er ein tatsächliches Gewaltverhältnis bei einem anderen herstellt, kein Rechtsgeschäft vor[44]).

Die Besitzeinigung nach § 854 Abs. 2 BGB. muß gesondert betrachtet werden. Sie unterscheidet sich erheblich von der bei der Uebergabe erfolgenden Einigung; denn die Vorschrift des § 854 Abs. 2 setzt nicht voraus, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, sondern es „genügt" nach ihr die bloße Einigung, wenn nur der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben[45]). In dieser Einigung sehen viele einen rechtsgeschäftlichen Vertrag[46]). Diese Auffassung ist nur möglich infolge der Doppeldeutigkeit des Wortes „Besitz". Unter Besitz kann man sowohl die Tatsache der Gewalt, als auch das daraus entspringende rechtliche Besitzverhältnis verstehen. Ginge die Besitzeinigung darauf, das R e c h t des Besitzes vom Geber auf den Nehmer zu übertragen, so wäre sie ein Rechtsgeschäft, und alle Grundsätze über Rechtsgeschäfte fänden auf sie Anwendung. Der § 854 Abs. 2 hat aber einen anderen Sinn. Der bisherige Besitzer räumt hier dem anderen Beteiligten lediglich die Befugnis zur Ergreifung der Gewalt ein. Die im § 854 Abs. 2 genannte Willenseinigung hat also ebensowenig wie die in der körperlichen Uebergabe hervortretende den Charakter eines rechtsgeschäftlichen, d. h. auf eine rechtliche Wirkung notwendig hinzielenden Vertrages, sondern sie geht auf etwas rein Tatsächliches.

Mit diesem Ergebnis, daß die Uebergabe als solche kein Rechtsgeschäft bildet, ist noch nicht gesagt, daß nicht trotzdem rechtsgeschäftliche Grundsätze auf sie Anwendung zu finden haben. Wenn eine Handlung ein Rechtsgeschäft ist, so müssen die Grundsätze über Rechtsgeschäfte auf sie Anwendung finden; ist sie kein Rechtsgeschäft, so besteht die Möglichkeit, daß eine entsprechende Anwendung einzelner dieser Vorschriften auf sie begründet ist. Es kann hier aber nur die „Einigung" nach

---

[43]) Manigk, Willenserkl. u. Willensgesch. 694.

[44]) Manigk, Willenserkl. u. Willensgesch. 657 ff., Anwendungsgeb. 200 ff.; s. auch Wolff § 11 I; Zitelmann, Uebereignungsgesch. 22 ff.: Kober, bei Staudinger Bem. I 2 b β zu § 935; Heinichen bei Staub, Anm. 47 zu § 366 RG.; 101, 225; OLG. 10, 137.

[45]) Manigk Willenserkl. und Willensg. 660 f.

[46]) Brodmann bei Planck Bem. 3 a zu § 854; Kober bei Staudinger Bem. II 2 b zu § 854: RGRK. Bem. 4 zu § 854; Crome 344[4] 342 II 3; Wolff § 11 II; Endemann § 37 [29] Last, Jherings Jahrb. 63, 74, Bendix 11 ff.; Kluckhohn 70 ff.; a. A. Rosenberg Bem. II 2 e zu § 854; Biermann Bem. 7 zu § 854; Manigk, Willenserkl. und Willensg. 659 ff.; Zitelmann, Jherings Jahrb. 70, 27 ff.; Rohde XV; 40 ff.; Kreß, 309, 316 ff., Mot. 3, 91.

§ 854 Abs. 2, nicht die Besitzübergabe in Betracht kommen, weil, wie oben ausgeführt, nur diese „Einigung" ein selbständiges Erfordernis des Besitzerwerbes ist.

Grundsätzlich wird man im Falle des § 854 Abs. 2 die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Verträge und Willenserklärungen bejahen müssen; denn die dort verlangte Einigung setzt ähnlich dem obligatorischen Vertrage eine auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Willensübereinstimmung der Parteien voraus. So werden für das Zustandekommen der Einigung die der natürlichen Auffassung entsprechenden Normen über den Vertrag (§§ 145 ff. BGB.) anwendbar sein[47]). Nicht anwendbar sind dagegen die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit. Weder braucht der Uebertragende geschäftsfähig zu sein[48]), noch der Erwerber[49]). Man wird hier vielmehr, ebenso wie bei der einseitigen Besitzaufgabe und beim einseitigen Besitzerwerb, nur ein solches Maß natürlicher Willens- und Verstandeskraft verlangen können, das die Parteien befähigt, den Besitzübergang in einer dem Verkehr beachtlichen Weise zu wollen. Im täglichen Verkehr geschehen häufig Besitzübertragungen, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie unter den § 854 Abs. 1 oder unter den Abs. 2 dieser Vorschrift fallen. Es wäre unverständlich, wenn man in solchen Fällen bald Geschäftsfähigkeit verlangen würde, bald nur natürliche Handlungsfähigkeit, obwohl der von den Parteien erstrebte Rechtserfolg stets der gleiche ist. Auch ließe sich das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit leicht umgehen, indem der eine den Besitz aufgibt, der andere ihn nach § 854 Abs. 1 ergreift.

Zu verneinen ist auch die Anwendung der Vorschriften der §§ 116 ff. BGB. auf die in der „Einigung" liegende Willensäußerung. In der Praxis wird hier regelmäßig nur die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit entweder des zugrundeliegenden obligatorischen Vertrages oder der mit jener Willensäußerung verbundenen Eigentumsübertragung zu prüfen sein. Diese stellen Rechtsgeschäfte dar und unterliegen den §§ 116 ff. Sind sie nichtig oder anfechtbar, so entstehen Herausgabeansprüche des Vorbesitzers, und eine besondere Anfechtung oder Geltendmachung der Nichtigkeit der Besitzübertragung ist unnötig[50]). Einige Schriftsteller, die der Ansicht sind, die Anfechtung der Einigung sei zulässig[51]), wollen ihr noch eine weitere Reihe von Grenzen setzen. Vor allem soll sie dann entfallen, wenn der Erwerber inzwischen die tatsächliche Gewalt unabhängig von der Einigung erlangt hat. Da dies regelmäßig der Fall sein wird, bleibt praktisch kaum ein Fall übrig, in dem zu einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung ein Bedürfnis vorliegt[52]).

Die oben aufgestellten Regeln für die Aufgabe des Besitzes gelten auch für den lediglich nach § 854 Abs. 2 oder § 857 BGB. erwor-

---

47) s. Rosenberg Bem. II 2 e β zu § 854.
48) a. A. Manigk, Willenserkl. u. Willensg. 691.
49) Manigk, Willenserkl. u. Willensg. 691 f., Rosenberg Bem. II 2 e zu § 854; Rohde, II 57.
50) Manigk, Willenserkl. u. Willensg. 696 f.
51) Aravantinos, 155 ff.; Rosenberg Bem. II 2 e zu § 854.
52) Manigk, Willenserkl. u. Willensg. Note 811.

benen, aber noch nicht tatsächlich ergriffenen Besitz (offener Besitz). Mehrere Autoren sind der Ansicht, hier genüge zur Besitzaufgabe eine bloße Erklärung. Diese Erklärung sei eine rechtsgeschäftliche, fordere daher Geschäftsfähigkeit und könne unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden[53]). Diese Ansicht kann aber nicht richtig sein. Man beruft sich zu ihrer Begründung vielfach auf die Vorschrift des § 854 Abs. 2, die an die bloße Einigung den Besitzerwerb des einen und den -verlust des anderen Teiles knüpfe. Diese Analogie ist aber nicht berechtigt; denn im Falle des § 854 Abs. 2 tritt der Besitzverlust nicht ein als Folge der Einigung oder Aufgabeerklärung, sondern als Folge des dort allein geregelten Besitzerwerbes, der außerdem die Möglichkeit der Gewaltausübung für den Erwerber voraussetzt. Außerdem ist die Einigung im Falle des § 854 Abs. 2 garkein Rechtsgeschäft, wie oben bereits dargelegt wurde[54]).

Von dem oben aufgestellten Grundsatz, daß durch die Beendigung des unmittelbaren Besitzes auch der über diesem bestehende mittelbare Besitz beendigt wird, gilt dann eine Ausnahme, wenn der Besitzmittler den Besitz in der Weise zugunsten eines anderen aufgibt, daß der andere hinsichtlich des Besitzmittlungsverhältnisses an seine Stelle tritt, z. B. der Pächter übergibt noch während des Laufes seiner Pachtzeit das Pachtgut einem Dritten, der durch Schuldübernahme (§ 414 ff. BGB.) für ihn in das Pachtverhältnis eintritt. Gleichfalls bleibt der mittelbare Besitz bestehen, wenn der Mittler mit der Aufgabe des unmittelbaren Besitzes mittelbaren Besitz an der Sache erlangt (§ 871 BGB.), z. B. der Nießbraucher überläßt die dem Nießbrauch unterliegende Sache einem Pächter. In diesem Falle rückt der bisherige mittelbare Besitzer lediglich auf eine höhere Stufe der Besitzleiter[55]). Einige nehmen eine Ausnahme hiervon an, wenn der Mittler durch die Weggabe der Sache und die Begründung des neuen Besitzmittlungsverhältnisses den Willen äußere, das bisherige Besitzmittlungsverhältnis aufzulösen. Dieser Wille könne durch eine derartige Handlung zur Wirklichkeit werden[56]). Dieser Ansicht kann aber nicht beigestimmt werden; denn das Erfordernis des § 868 BGB., daß der unmittelbare Besitzer „als Nießbraucher usw." besitzen müsse, ist nicht subjektiv, sondern objektiv zu verstehen[57]).

2. Der unfreiwillige Verlust des unmittelbaren Besitzes.

Der unmittelbare Besitz kann „auf andere Weise", d. h. ohne den Willen des Besitzers, durch jedes Ereignis beendigt werden, durch das

---

53) Biermann Bem. 2 zu § 856; Maenner 134; Crome I 1 b, Endemann § 40, 3: Gierke, DPR. § 115 1 a; Strohal, Jherings Jahrb. 38, 108.

54) s. Wolff § 15 N. 4; Rosenberg, Bem. II, 3 zu § 856; Rohde, XXIII, 41; RG. I. W. 08, 681; (teilweise mit abweichender Begründung).

55) s. RGRK. Bem. 6 zu § 868; Rosenberg Bem. VI 1 zu § 868; Brodmann bei Planck Bem. 4 b α zu § 868.

56) Brodmann bei Planck Bem. 4 b α zu § 868.

57) s. darüber unten, § 3.

die bisherige tatsächliche Gewalt des Besitzers unabhängig von seinem Willen beseitigt wird, z. B. die Sache geht unter, ein Dritter nimmt sie weg, sie wird vom Besitzer im Wahnsinn weggeworfen[58]). Befindet sich die Sache in der Hand eines Besitzdieners (§ 855 BGB.), so genügt nicht, daß dieser erklärt, er wolle die Gewalt nicht mehr für den Besitzherrn, sondern für sich selbst ausüben. Durch eine derartige Erklärung geht die tatsächliche Gewalt des Besitzherrn und folglich auch sein Besitz nicht verloren. Vielmehr ist erforderlich, daß der Besitzdiener seinen Willen in einer die tatsächliche Gewalt auflösenden Weise betätigt, z. B. ein Handlungsgehilfe nimmt Waren aus dem Geschäftsraum seines Prinzipals ohne dessen Willen mit in seine Wohnung. Daß der Tod des Besitzdieners und der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit in seiner Person den Besitz nicht beendigen, versteht sich von selbst[59]).

c) Die besonderen Rechtsfolgen des unfreiwilligen Besitzverlustes.

Die dem unmittelbaren Besitzer ohne seinen Willen aus dem Besitz gekommene Sache heißt im BGB. „abhandengekommen" (s. §§ 935, 1006 Abs. 1, 1007 Abs. 2).

Das Abhandenkommen einer Sache ist vom Gesetz mit wichtigen Rechtsfolgen verknüpft: An einer abhandengekommenen Sache ist ein gutgläubiger Eigentumserwerb nicht möglich, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt oder daß die Sache im Wege öffentlicher Versteigerung (§ 383 BGB.) veräußert wird, § 935 BGB. Der frühere Besitzer, dem die Sache abhandengekommen ist, kann vom jetzigen Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhandengekommen war, § 1007 Abs. 2 BGB. Der Besitzer der abhandengekommenen Sache hat auch nicht dem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache abhandengekommen ist, die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB. (siehe das. Satz 2).

Die dem unmittelbaren Besitzer entzogene Sache ist nur dann nicht abhandengekommen, wenn der Täter ein Recht zur eigenmächtigen Entziehung hatte oder wenn der unmittelbare Besitz kraft Gesetzes auf einen anderen übergangen ist.

Der Makel des Abhandenkommens kann geheilt werden und zwar durch Rückkehr der Sache in den Besitz des Verlierers oder durch seine nachträgliche Bewilligung[60]).

Manche nehmen an, eine Sache sei auch dann abhandengekommen, wenn der Besitz von einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Ge-

---

58) s. Manigk, Willenserkl. u. Willensgesch., 654 ff.
59) s. P II 3 S. 37.
60) s. dazu Wolff § 15 I 2.

schäftsfähigen aufgegeben sei[61]), weil hier der Wille des Aufgebenden ohne rechtliche Bedeutung sei. Diese Ansicht steht aber mit der Vorschrift des § 856 Abs. 2 in Widerspruch, nach der die Besitzaufgabe kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung ist und folglich keine Geschäftsfähigkeit voraussetzt. Eine viel vertretene Mittelmeinung will nun nur die von einem Geschäftsunfähigen, nicht dagegen die von einem beschränkt Geschäftsfähigen weggegebenen Sachen als abhandengekommen betrachten[62]). Diese Meinung ist aber nicht folgerichtig: Entweder handelt es sich bei der Frage nach der Freiwilligkeit des Besitzverlustes, die das Abhandenkommen der weggegebenen Sache ausschließt, um eine reine Rechtsfrage. Dann gehört dazu ein rechtsgültiger geschäftlicher Aufgabeakt, den nach § 107 BGB. auch ein beschränkt Geschäftsfähiger nicht selbständig vornehmen kann. Oder aber die freiwillige Besitzaufgabe wird nur im Sinne einer Tatsache gefordert. Dann ist sie allein von tatsächlichen Voraussetzungen abhängig, nämlich davon, ob der Besitzer den tatsächlichen Willen hat und verwirklicht, seine Gewalt über die Sache zu beendigen. Der Besitzer braucht also nicht geschäftsfähig, sondern nur willensfähig zu sein. Diese letztere Auffassung wird auch von den meisten Anhängern der hier abgelehnten Ansicht bei der Besprechung des § 856 BGB. ausdrücklich vertreten[63]). Es ist unverständlich, weshalb diese Schriftsteller es unterlassen, hinsichtlich des § 935 die notwendigen Folgerungen aus ihrer Lehre zu ziehen. Das Gesetz gibt nun einmal den Minderjährigen in gewissem Umfange die Möglichkeit der persönlichen Teilnahme am Rechtsverkehr. Sie können sich durch Rechtsgeschäfte berechtigen und verpflichten; sie werden durch unerlaubte Handlungen haftbar; sie können Rechtshandlungen im engeren Sinne wirksam vornehmen. Dies können aber auch Geschäftsunfähige, sofern sie nur fähig sind, den Tatbestand der Rechtshandlungen zu verwirklichen. Nach zutreffender herrschender Meinung können Geschäftsunfähige auch Besitz erwerben und aufgeben. Es soll nicht verkannt werden — daran haben die Anhänger der Gegenansicht offenbar gedacht —, daß die hier vertretene Auffassung zu erheblichen Härten für die Minderjährigen und Geschäftsunfähigen führen kann, z. B. ein willensfähiger Geisteskranker „schenkt" und übergibt seine goldene Uhr einem Unbekannten, der diese an einen gutgläubigen Dritten veräußert: hier erwirbt der Dritte, da der Tatbestand des § 935 nicht gegeben ist, das Eigentum an der Uhr. Es würde im Geschäftsverkehr unerträglich sein, wenn die Sache hier als dem Eigentümer abhandengekommen angesehen würde. Der Eigentümer hat sie vielmehr mit seinem anzuerkennenden Willen weitergegeben[64]).

Es fragt sich, unter welchen Bedingungen die Voraussetzungen des Abhandenkommens zugunsten des m i t t e l b a r e n Besitzers vorliegen.

61) RGRK. Bem. 4 zu § 935; Biermann Bem. 2b zu § 856; 2b zu 935 a. A. Soergel Bem. 1 zu § 935; Oertmann, Seuff. Bl. 74, 580; OLG. (Hamburg) 43, 225 und wohl auch Wolff, § 15 II.

62) Brodmann bei Planck Bem. 2 zu § 935; Kober bei Staudinger Bem. I 2b β zu 935; Gierke, DPR. 2, 245; Anm. 80; Heinichen bei Staub Anm. 47 zu § 366; Fuld, A. Z. Prax. 89, 406; Mot. 3, 348.

63) s. oben unter 1b.

64) Vgl. OLG. 10, 137 und 15, 356; Mot. 3, 348.

Nach der Vorschrift des § 935 Abs. I Satz 2 BGB. gilt die dem Besitzmittler abhandengekommene Sache auch zugunsten des mittelbaren Besitzers als abhandengekommen.

Gibt der unmittelbare Besitzer den Besitz freiwillig und mit dem Willen des mittelbaren Besitzers auf, so sind mittelbarer und unmittelbarer Besitz „aufgegeben".

Wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz freiwillig, aber ohne den Willen des mittelbaren Besitzers aufgibt, so ist die Sache zweifellos dem mittelbaren Besitzer nicht abhandengekommen[66]), andererseits kann aber die Sache auch nicht als vom mittelbaren Besitzer aufgegeben, sondern muß als ohne seinen Willen verloren gelten[67]). Diese Auffassung, die einerseits zweckmäßig ist, andererseits mit dem Wortlaut der §§ 935 und 1007 BGB. in Einklang zu bringen ist, hat zur Folge, daß dem mittelbaren Besitzer der Anspruch aus § 1007 zusteht und daß sein Ersitzungsbesitz nicht als untergegangen gilt, wenn er den Besitz an der Sache binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist angestrengten Klage wiedererlangt[68]).

Otto Gierke[69]) faßt dagegen das „Aufgeben" des Besitzes als das Gegenteil des „Abhandenkommens" auf und meint, wenn der unmittelbare Besitzer die Sache ohne den Willen des mittelbaren Besitzers einem Dritten übergebe, so habe der bisherige mittelbare Besitzer gegen den Dritten nicht die Klage aus § 1007 BGB.: aus Absatz 2 nicht, weil der Tatbestand des Abhandenkommens nicht vorliege, aus Abs. 1 nicht, weil dem Dritten die Einrede des aufgegebenen Besitzes (§ 1007 Abs. 3) entgegenstehe. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb man die Klage aus § 1007 so übermäßig beschränken soll. Zudem wäre es ein sprachlich schwer zu beanstandender Ausdruck, wenn das Gesetz vom mittelbaren Besitzer sagen würde, er habe den Besitz dadurch aufgegeben, daß der unmittelbare Besitzer die Sache unterschlagen hat. Man wird vielmehr in derartigen Fällen den Besitz des mittelbaren Besitzers als ohne dessen Willen verloren ansehen müssen[70]). Ebenso ist auch bei der Auslegung des § 940 BGB. zu verfahren. Nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift soll es für die Fortdauer der Ersitzungslage lediglich darauf ankommen, ob der Eigenbesitzer den Eigenbesitz mit oder ohne seinen Willen verloren hat. Demnach wird durch eine eigenmächtige Weggabe der Sache durch den unmittelbaren Besitzer die zugunsten des mittelbaren Besitzers laufende Ersitzung nicht in jedem Falle unterbrochen, sondern die Ersitzung wird fortgesetzt, wenn dieser die Sache binnen Jahresfrist oder mittels einer binnen dieser Frist angestrengten Klage wiedererlangt.

---

[66]) RG. 54, 68; RG. Warn. Rspr. 1924, Nr. 124.

[67]) RGRK. Bem. 1 zu § 1007; Bem. 4 zu § 935; Wolff § 15 I 1c; Kober bei Staudinger Bem. IV A. 3 c; Brodmann bei Planck Bem. 3 b zu § 1007; Biermann Bem. 2 c zu § 1007; Crome § 387; Endemann § 46 Anm. 20; v. Thur, DJZ. 99, S. 350.

[68]) RGRK. Bem. 3 zu § 940.

[69]) Gierke DPR. §§ 115[74] 116[78].

[70]) s. insbes. v. Tuhr, DJZ. 1899, 350

§ 3. Beendigung des mittelbaren Besitzes durch Auflösung des Besitzmittlungverhältnisses.

a) Keine Auflösung des Besitzmittlungsverhältnisses durch einseitige Erklärung oder Handlung des Mittlers.

Der mittelbare Besitz endigt ferner, wenn der unmittelbare Besitzer zwar seinen Besitz behält, aber aufhört, in einem Verhältnisse der im § 868 BGB. bezeichneten Art für den mittelbaren Besitzer zu besitzen.

Wann ein derartiges Verhältnis beendigt wird, hängt zunächst davon ab, ob das Erfordernis des § 868, daß der unmittelbare Besitzer „als Nießbraucher usw." besitzt, objektiv oder subjektiv zu verstehen ist.

Ist es subjektiv zu verstehen, d. h. setzt der mittelbare Besitz das Vorhandensein einer die Anerkennung desselben ergebenden Willensbeziehung zwischen dem mittelbaren Besitzer und dem Besitzmittler voraus, so muß er schon aufhören, sobald der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren seine Anerkennung versagt. Diese Ansicht wird von den meisten Schriftstellern und in mehreren Entscheidungen des Reichsgerichts vertreten[71]). Nach dieser Lehre soll es zur Beendigung des mittelbaren Besitzes genügen, daß der unmittelbare Besitzer den hierauf gerichteten Willen in irgendeiner Weise deutlich erklärt oder betätigt[72]), z. B. der Mieter erklärt dem Vermieter, er erkenne das Mietverhältnis nicht an oder er schreibt seinen Namen in das gemietete Buch.

Ist aber das Bestehen des mittelbaren Besitzes vom Bewußtsein und Willen der Parteien unabhängig, so ist die Tatsache, daß der Mittler dem mittelbaren Besitzer seine Anerkennung versagt, ohne Einfluß auf den Bestand des mittelbaren Besitzes[73]). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 868 BGB. Das Gesetz verlangt hier nur, daß der unmittelbare Besitzer in einem Verhältnisse zu einem anderen steht, vermöge dessen er diesem gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, also neben dem Besitz des Mittlers das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, welches das Fortbestehen des animus domini in der Person des mittelbaren Besitzers und das Nichtvorhanden-

---

71) Brodmann bei Planck Bem. 4 b β zu § 868; Dernburg § 12 a. E.; Biermann Bem. 7 b zu § 868; Wolff § 15 II; RGRK. Bem. 2, 6 zu § 868; Przibilla, Erwerb und Verlust, S. 26, 76 ff.; ders. JW. 08, 396 f.; Strohal, Iherings Jahrb. 38, 110 ff.; Endemann, § 31, 1 c; Crome, § 345; Gierke, DPR. § 114 II 5; 115 IV 2 c; Mengelkoch, Iherings Jahrb. 76, 108 ff. (allerdings mit erheblichen Einschränkungen); Jung, „Recht" 1919; 353, RG., JW. 1932 1912; JW. 1928, 398 = RG. 119. 152.

72) s. Brodmann bei Planck Bem. 4 b β zu § 868; RGRK. Bem. 6 zu §868.

73) so Rosenberg Bem. VI 3 c zu § 868; Cosack-Miteis § 10 III 3; Kober bei Staudinger Bem. V 2 b zu § 868; Rohde, Abschn. XXI, 76; Kipp bei Windscheid I, 809 f.; Binder S. 56 N. 76; Maenner § 16 N. 21; Fleck, A. Bü. R. 15, 371 ff.; Kreß 215 ff., Leonhard, Vertretung, S. 71 ff.; Araventinos 116 ff.; Müller, Gruch. 54, 226, 247 ff.

sein desselben in der Person des Mittlers typisch bedingt. Davon, wie der konkrete Wille der Beteiligten sich zueinander und zu dem zwischen ihnen bestehenden Verhältnis stellen müsse, ist nicht die Rede.

Ferner wäre das vermeintliche Willenserfordernis schlecht mit dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Einführung des § 868 verfolgt, in Einklang zu bringen. Der genannte Zweck liegt darin, dem Eigentümer oder Eigenbesitzer, welcher seine Sache, ohne sie zu übereignen, auf **Zeit** weggegeben hat, einen Teil der Besitzfolgen, z. B. die Eigentumsvermutung, die Ersitzungslage, das Fruchtziehungsrecht, dadürch zu erhalten, daß insoweit der Besitz des Mittlers für ihn wirksam bleibt. Wäre aber das Bestehen des mittelbaren Besitzes vom Willen des Mittlers abhängig, so wäre die Erreichung dieses Zweckes vollständig in Frage gestellt; denn der Mittler könnte den mittelbaren Besitz jeden Augenblick unberechtigt, ja rein böswillig, durch die bloße Erklärung zum Erlöschen bringen, daß er von jetzt an den mittelbaren Besitz als solchen nicht mehr anerkenne[74]).

Es liegt nahe, hiergegen einzuwenden, daß es dem mittelbaren Besitzer möglich sei, gegen den unmittelbaren Besitzer auf Feststellung des den mittelbaren Besitz begründenden Rechtsverhältnisses zu klagen. Diese Klage würde aber nicht zum Ziele führen; denn wenn nicht das objektive Bestehen des Verhältnisses das Entscheidende wäre, könnte der unmittelbare Besitzer trotz urteilsmäßiger Feststellung dieses Verhältnisses, das er vielleicht garnicht bestreitet, den Besitz seines Gläubigers jederzeit durch einseitige Erklärung beseitigen. Auch eine urteilsmäßige Feststellung des Besitzstandes selbst wäre zwecklos; denn der Mittler wäre auch nach einer solchen durch nichts gehindert, der Tatsache des mittelbaren Besitzes ein Ende zu bereiten[75]).

Gegen das Willenserfordernis spricht auch, daß in zahlreichen Fällen der Entstehung mittelbaren Besitzes ein Wille des unmittelbaren Besitzers, den mittelbaren Besitz anzuerkennen, schon von vornherein überhaupt fehlt, z. B. in den Fällen der gesetzlichen Vertretung und Verwaltung, ebenso im Falle der Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 870 BGB.); denn nach dem klaren Wortlaut dieser Vorschrift geht der mittelbare Besitz durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs auch dann auf den Abtretungsempfänger über, wenn der Besitzmittler von der Abtretung nichts weiß oder ihr sogar widerspricht. Wäre der konkrete Wille des Mittlers für das Bestehen des mittelbaren Besitzers von Bedeutung, so könnte in diesen Fällen nicht davon die Rede sein, daß der Abtretungsempfänger mittelbarer Besitzer werde.

Schließlich steht die hier bekämpfte Ansicht im Widerspruch zu der Vorschrift des § 871 BGB. Nach dieser bleibt der mittelbare Besitz bestehen, wenn der Mittler seinen unmittelbaren Besitz auf einen anderen überträgt und zugleich zu diesem in ein Verhältnis der im § 868 BGB. bezeichneten Art tritt, z. B. der Mieter verpfändet die Sache einem Dritten. Es ist gleichgültig, ob der unmittelbare Besitzer zu einer derartigen Verfügung berechtigt war oder nicht und ob er es in Aneignungsabsicht getan hat oder nicht. Wäre die herrschende Meinung richtig, so

[74]) s. Rohde XXI, 35 f.

[75]) s. Rohde XXI, 36; Brodmann bei Planck Bem. 4 b β zu § 868: Leonhard S. 73 ff.

müßte in dem Falle, daß der unmittelbare Besitzer das neue Besitzmittlungsverhältnis unter Auflehnung gegen das bisherige Verhältnis begründet hätte, der bestehende mittelbare Besitz erlöschen. Tatsächlich macht aber der § 871 keinen Unterschied dazwischen, ob das weitere Verhältnis mit oder ohne die Genehmigung des bisherigen mittelbaren Besitzers eingegangen worden ist[76]). Der mittelbare Besitz erlischt selbst dann nicht, wie nach dem Wortlaute des § 868 behauptet werden muß, wenn ein Mieter die Mietsache verkauft und von dem Käufer, ohne den Besitz auf ihn zu übertragen, mietet, obwohl doch unzweifelhaft in diesem Falle ein vollständiger, willentlicher Bruch der Pflichten, welche dem Mittler aus dem dem mittelbaren Besitz zugrundeliegenden Rechtsverhältnis obliegen, eingetreten ist[77]).

Die Anhänger der Gegenansicht stützen sich auf einige Stellen in den Materialien des BGB. So bestimmte der von Brodmann[78]) und Biermann[79]) angeführte § 813 Abs. 2 des ersten Entwurfs[80]), solange der Inhaber die tatsächliche Gewalt behalte, werde durch eine Handlung desselben der „Besitz" nur dann beendigt, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer den Willen erkläre, die tatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzer, sondern für einen Dritten auszuüben. Eine ähnliche Bestimmung sei bei der Beratung der zweiten Kommission vorgeschlagen worden. Diese Bestimmung sei aber nicht in das Gesetz aufgenommen worden, weil man sie teils für selbstverständlich gehalten habe, teils für insofern nicht ganz richtig, als der Verlust des mittelbaren Besitzes auch dadurch müsse eintreten können, daß der unmittelbare Besitzer in einer den mittelbaren Besitz ausschließenden Weise über die Sache verfüge[81]). Hiernach habe auch die zweite Kommission angenommen, daß die Erklärung des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem mittelbaren Besitzer, er erkenne diesen als solchen nicht mehr an, zur Beendigung des mittelbaren Besitzes genüge[82]).

Diese Gedanken in den Vorarbeiten des BGB. haben aber keine Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes, weil sie im Gesetz selbst keinen Ausdruck gefunden haben. Im § 868 ist vielmehr die entgegengesetzte Anschauung klar zum Ausdruck gekommen. Danach ist zur Entstehung mittelbaren Besitzes in jedem Falle die Begründung eines gültigen Rechtsverhältnisses erforderlich[83]). Dies wird von der herrschenden Meinung allerdings bestritten. Nach ihr soll genügen, daß der unmittelbare Besitzer in Anerkennung eines wenn auch nur vermeintlichen Verhältnisses der im § 868 bezeichneten Art besitze[84]).

---

[76]) s. Fr. Leonhard, Vertretung, 74 ff.; Rohde Abschn. I, S. 37.
[77]) Rosenberg Bem. VI 3 c zu § 868.
[78]) bei Planck Bem. 4 b β zu § 868.
[79]) Bem. 7 b zu § 868.
[80]) s. M. III, 107.
[81]) Prot. II 3, 227 ff.
[82]) Brodmann b. Planck Bem. 4 b β zu § 868.
[83]) Rosenberg Bem. II c γ zu § 868: Maenner § 16 N. 21; Bruns 158: Müller-Erzbach, Iher. Jahrbücher 53, 365; Aravantinos, Iher. Jahrb. 48, 115 f.; Kreß 200 ff. RIH. 2, 243; RG. 105, 414.
[84]) Endemann § 31, c; I 32, 2 b; Brodmann bei Planck Bem. 2 b. β zu § 868; RGRK. Bem. 2 zu § 868; Biermann Bem. 2 b zu § 868; Sokolowski S. 249, 261; Gierke, DPR., § 114 III, 115 IV 2 c;

Die Ansicht, daß „als" im § 868 BGB. soviel bedeute wie „als ob", wird gestützt auf die Motive und Protokolle zu § 930 BGB. (§ 805 des Entwurfs). Dort[85]) wird gesagt: Es sei eine Anforderung an den Vorgang zu stellen, mittels dessen das constitutum possessorium sich vollziehe. Das Behalten der Sache seitens des Tradenten stehe in einem gewissen Widerspruch zu der Erklärung der Besitzeinräumung. Dieser Widerspruch müsse durch Klarlegung des von den Beteiligten angenommenen rechtlichen Grundes des Behaltens beseitigt sein, wenn der Räumungserklärung Wirkung beigelegt werden solle. Am deutlichsten erkläre sich das Behalten aus einem Recht des bisherigen Besitzers, es könne auch durch eine von ihm übernommene Verpflichtung genügend erklärt werden. Es sei aber hier besonders sorgfältig zu prüfen, ob im einzelnen Fall ein Pflichtverhältnis ernstlich gewollt sei. Zur Aufklärung der Willenslage sei aber nur der vorgestellte Bestand eines das Behalten rechtfertigenden Verhältnisses erforderlich, und die Besitzfrage sei nicht etwa von der Rechtsfrage abhängig, ob gültig verpfändet oder vermietet sei.

In den Protokollen[86]) wird gegen den Antrag, ein abstraktes, d. h. von einem Rechtsverhältnis unabhängiges Besitzkonstitut zuzulassen, als Standpunkt der Mehrheit der Kommission dargelegt: Ein abstraktes Besitzkonstitut komme in Wirklichkeit nicht vor. Es müsse vielmehr irgendein Rechtsverhältnis zu Grunde liegen, wenn die Parteien ernstlich einerseits den Eigentumsübergang und andererseits das Verbleiben des Besitzes beim Veräußerer wollten. Daß man gesetzlich den Eigentumsübergang von dem (mindestens vermeintlichen) Bestehen eines solchen Rechtsverhältnisses abhängig mache, diene dazu, die Ernstlichkeit des Willens der Parteien klarzustellen, daß sie die Uebergabe durch eine Erklärung des Veräußerers ersetzt wissen wollen.

Nach diesen Aeußerungen der Kommission soll also die Vereinbarung eines den mittelbaren Besitz des neuen Eigentümers begründenden Verhältnisses im Falle des § 930 BGB. dazu dienen, klarzustellen, daß die Parteien den ernstlichen Willen haben, der unmittelbare Besitzer übertrage sein bisheriges Eigentum und behalte nur noch den mittelbaren Besitz. Hierzu soll nach den angeführten Stellen genügen, daß die Parteien der Ansicht sind, das vereinbarte Rechtsverhältnis komme gültig zustande[87]).

Es erscheint aber wiederum zweifelhaft, ob es zulässig ist, diese Stellen der Vorarbeiten zu § 930 BGB. zur Auslegung des § 868 BGB. heranzuziehen. Der § 930 setzt für die Eigentumsübertragung voraus:

1. daß der alte Eigentümer unmittelbarer Besitzer bleibt;
2. daß der neue Eigentümer nach außen als mittelbarer Besitzer erscheint und darum ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, das an sich geeignet wäre, ihn dazu zu machen;

Przibilla, Erwerb und Verlust 23, 26; JW. 08, 396 f.: Crome § 345 N. 1 a; RG. 86, 262; 98, 131 f.; Rspr. 18, 141 (KG.): 35, 356; aber auch Kober b. Staudinger Bem. II 2 zu § 868; **Rohde** XXI, 32.

85) Mot. III, 98, 99.

86) Prot. 2 III S. 198.

87) s. Mengelkoch S. 62.

3. die Einigung der Parteien in der Richtung, daß das Eigentum übergehen soll.

Die Vereinbarung eines den mittelbaren Besitz des neuen Eigentümers begründenden Verhältnisses soll also im Falle des § 930 BGB. nur dazu dienen, klarzustellen, daß die Parteien den ernstlichen Willen haben, der alte Eigentümer und nunmehrige unmittelbare Besitzer übertrage das Eigentum. Dazu genügt die gutgläubige Vereinbarung eines zur Begründung der Besitzvermittlung an sich geeigneten Rechtsverhältnisses. Der gute Glaube hat hier lediglich den Zweck, die Ernstlichkeit der Einigung darzutun, nicht aber, das Besitzmittlungsverhältnis zur Entstehung zu bringen[88]. Aus dieser Vorschrift, die nur auf den subjektiven Gesichtspunkt Wert legt, läßt sich also nichts dafür herleiten, ob das Gesetz zur Entstehung mittelbaren Besitzes ein gültiges Rechtsverhältnis voraussetzt oder nicht.

Auch aus den Beratungen zu den §§ 868, 870 BGB. selbst läßt sich nichts entnehmen, was für die herrschende Meinung spräche. Dort[89] ist nirgendwo von einem vorgestellten oder vermeintlichen Rechtsverhältnis die Rede, sondern überall von dem Rechtsverhältnis, auf Grund dessen die Ueberlassung des Besitzes erfolgt, auf Grund dessen der Mittler besitzt. An einer Stelle wird sogar gesagt, es handele sich darum, „zu bestimmen, daß, wenn jemand auf Grund eines zwischen ihm und einem anderen bestehenden Rechtsverhältnisses der im Antrage 7 bezeichneten Art eine Sache besitze, zugunsten des anderen gewisse Folgen eintreten. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses, welches hiernach den mittelbaren Besitz begründe, sei in den Anträgen 3 und 7 im allgemeinen richtig bezeichnet"[90]. Diese Stellen sprechen in keiner Weise dafür, daß man hier auch an ein vermeintliches Rechtsverhältnis gedacht habe.

Weiter bleibt noch als Stütze der Meinung, zur Besitzvermittlung nach § 868 BGB. genüge ein bloß vorgestelltes Rechtsverhältnis, der Hinweis auf die Vorschriften über die Ersitzung. Man sagt, der in Ersitzungslage befindliche Nichteigentümer (§§ 900, 937 BGB.) würde durch Ueberlassung des Besitzes an einen anderen eine Unterbrechung seines Besitzes und der Ersitzung erleiden, wenn nicht der andere Teil ihm mittelbaren Besitz vermittele. Das Gesetz ordnet aber als Folge des Besitzverlustes nicht sofortige Unterbrechung der Ersitzung an, sondern beim unfreiwilligen Besitzverlust, der bei Ungültigkeit des Besitzmittlungsverhältnisses regelmäßig vorliegt, da meistens zugleich mit dem Grundgeschäft auch der Besitzübertragungsakt nichtig ist, hat der Verlierende nach §§ 900 Abs. 1 Satz 1, 940 Abs. 2 BGB. ein Jahr Frist zur Wiedererlangung des Besitzes durch Klage.

Der eigentliche Ausgangspunkt der herrschenden Lehre ist das Nießbrauchsverhältnis. Als Nießbraucher, so führt man unter Berufung auf die Vorschriften der §§ 955 Abs. 2 und 988 BGB. und auf die Kommissionsprotokolle[91] aus, besitze nicht nur derjenige, welcher in

---

[88]) Mengelkoch S. 63.
[89]) Prot. 2 III S. 221 bis 225, 227.
[90]) Prot. 2 III S. 225.
[91]) Prot. 2 IV S. 596, 598, 608.

Ausübung eines ihm in Wirklichkeit zustehenden Nießbrauchs, sondern auch, wer in Ausübung eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Nießbrauch besitzt. Es genüge nach § 868 BGB., daß der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen. Ein objektives obligatorisches Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller sei nicht erforderlich[92]).

Die von diesen angeführten Stellen der Protokolle behandeln die Frage ob der Eigentümer und der Nießbraucher oder der Besteller und der Nießbraucher als Träger des schuldrechtlichen Verhältnisses anzusehen seien, das sich aus der Belastung der Sache mit dem Nießbrauch ergebe. Die Kommission entschloß sich, den Nießbraucher mit besonderen schuldrechtlichen Verpflichtungen gegenüber dem Eigentümer zu belasten, welche ihm kraft Gesetzes obliegen sollten, also unabhängig davon, ob der Nießbraucher diese Verpflichtungen dem Eigentümer gegenüber gültig übernommen habe, oder ob der Nießbrauch durch einen Nichteigentümer bestellt sei (§§ 1034, 1035, 1036—1058, 1067). An die Begründung des Beschlusses, der die Einführung derartiger Bestimmungen zum Gegenstande hatte, schließt sich dann die Bemerkung: „Unrichtig sei, daß der in dem Antrage 2 vertretene Standpunkt dahin führe, daß, wenn ein im Besitz der Sache befindlicher Nichteigentümer den Nießbrauch an derselben bestelle, hierdurch dem Eigentümer der mittelbare Besitz erworben werde. Nach § 824 d (§ 868 BGB.) sei derjenige mittelbarer Besitzer, welchen der Nießbraucher als Eigentümer anerkenne. Dies sei, wenn der Nießbrauch von dem Nichteigentümer bestellt werde, der Besteller"[93]). Den mittelbaren Besitz erlange der Eigentümer erst dadurch, daß der Nießbraucher ihn als Eigentümer anerkenne, wozu er ihn zwingen könne. Auch bei einer späteren Beratung über dieselbe Frage, wer Träger der Legalobligation sei, war die Ansicht der Mehrheit: „der Besteller eines Nießbrauchs werde mittelbarer Besitzer, wenn der Nießbraucher den unmittelbaren Besitz für ihn ausüben wolle. Es werde insoweit nach der richtigen Auffassung des § 824 nicht ein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller erfordert, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen"[94]).

Diese Ausführungen beziehen sich aber nicht etwa auf die dingliche Bestellung des Nießbrauchs, die nach § 1032 BGB. Einigung und Besitzübertragung voraussetzt, sondern auf den obligatorischen Vertrag, der dem dinglichen zugrundeliegt. Der obligatorische Vertrag ist aber in dem dort erörterten Falle der Nießbrauchsbestellung durch den Nichtberechtigten gültig; denn man kann sich gültig verpflichten, einen Nießbrauch an einer fremden Sache zu bestellen. Hat der Besteller die Sache im unmittelbaren Besitz, und überträgt er diesen auf den Erwerber, so ist auch die Erfüllung möglich. Alsdann wird es im praktischen Leben nicht vorkommen, daß nicht auch zugleich mit der Uebergabe die dingliche Einigung stattfindet. Es ist sogar regelmäßig anzunehmen, daß sie mit der

92) s. Brodmann bei Planck Bem. 2 b α zu § 868; Kober bei Staudinger Bem. II 2 zu § 868.
93) Prot. 2 IV, S. 596.
94) 94 Prot. 2 IV, S. 608.

Besitzübergabe stillschweigend abgeschlossen wird. Wenn also in der zweiten Stelle bloße Anerkennung als Grundlage mittelbaren Besitzes erfordert wird, so deckt sie sich zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller stets mit der dinglichen Bestellung, entbehrt also nicht einer gültigen Rechtsunterlage. Der Anerkennende besitzt nicht nur wie ein Nießbraucher, sondern er ist Nießbraucher[95]).

Gutgläubigen Nießbrauchsbesitz ohne Nießbrauchsrecht setzt dagegen der § 955 Abs. 2 BGB. voraus[96]). Auch steht ein derartiger vermeintlicher Nießbrauch nur in beschränktem Maße, nämlich hinsichtlich des Fruchterwerbes einem wirklichen Nießbrauche gleich. Aus einer derartigen Sonderbestimmung für den Nießbrauch können für andere, namentlich obligatorische Verhältnisse, hinsichtlich der Besitzvermittlung keine Schlüsse gezogen werden[97]).

Gegen die Meinung, daß ein vermeintliches Rechtsverhältnis als Grundlage des mittelbaren Besitzes ausreiche, spricht auch die Vorschrift des § 870 BGB., nach der der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen werden kann. Danach müßte, wenn diese Meinung richtig wäre, der mittelbare Besitz durch Abtretung eines vermeintlichen Herausgabeanspruchs übergehen. Nach richtiger Ansicht ist aber die Abtretung eines vermeintlichen Herausgabeanspruchs garnicht möglich; denn die Abtretung eines Anspruchs aus einem ungültigen Rechtsverhältnis ist ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag (§ 306 BGB.). Gültig wird sie nur insoweit, als ihr das Gesetz die Bedeutung eines Garantieversprechens beilegt (§§ 432, 445 BGB.). Sie hat aber dann nicht den Uebergang des nicht bestehenden Herausgabeanspruchs zur Folge, sondern nur die Entstehung von Schadensersatzansprüchen zwischen den Vertragsparteien[98]).

Ein anderer als der schuldrechtliche Anspruch aus dem Rechtsverhältnis, das den mittelbaren Besitz nach § 868 begründet, kann im § 870 nicht gemeint sein. Der Eigentumsanspruch (§ 985 BGB.) ist nicht ohne das Eigentum übertragbar; er ist mit dem Eigentum untrennbar verbunden[99]). Auch im Falle des § 931 BGB. geht der mittelbare Besitz durch die Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruchs über. In dieser Vorschrift ist allerdings in erster Linie der Eigentumsanspruch gemeint, und die Abtretung dieses Anspruchs hat den Uebergang des Eigentums zur Folge. Ist aber der Eigentümer mittelbarer Besitzer, so muß, damit auch der mittelbare Besitz auf den Erwerber des Eigentums übergehe, auch der aus dem Rechtsverhältnis nach § 868 bestehende Anspruch abgetreten werden. Dies ist in der Regel, wenn ein mittelbarer Besitzer sein Eigentum auf dem Wege des § 931 BGB. überträgt, als stillschweigend geschehen anzusehen[100]).

95) s. Mengelkoch, S. 66 ff.
96) Mot. 3 S. 364.
97) s. Mengelkoch S. 69 f.
98) s. Mengelkoch, S. 76.
99) RGRK. Bem. 1 zu § 985; Bem. 1 zu § 870; Brodmann bei Planck Bem. 1 zu § 870; Rosenberg Bem. 1 zu § 870; Wolff § 14 III; a. A. Last S. 77.
100) RGRK. Bem. 1 zu § 870; Brodmann bei Planck Bem. 1 zu § 870; Rosenberg, Bem. 1 zu § 870; RG. 52, 394.

Ebenso wie der § 870 spricht der § 934 BGB. von einer Abtretung des Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzers. Auch hier steht nichts von der Abtretung eines vermeintlichen Anspruchs, sondern es ist nur von der Abtretung des Herausgabeanspruchs, wenn der Abtretende mittelbarer Besitzer ist, also von der Abtretung des im mittelbaren Besitz enthaltenen, wirklich vorhandenen Anspruchs die Rede. Es wäre auch unverständlich, wenn ein Nichteigentümer schon durch die „Abtretung" eines nur vermeintlich bestehenden obligatorischen Herausgabeanspruchs einem anderen das Eigentum der Sache verschaffen könnte.

Ein obligatorischer Herausgabeanspruch besteht gewöhnlich auch dann, wenn das Verhältnis im Sinne des § 868 nichtig ist, nämlich der Anspruch auf Rückübertragung des ohne rechtlichen Grund übertragenen unmittelbaren Besitzes (§ 812 BGB.). Dieser Anspruch kann auch abgetreten werden, aber nicht, um mittelbaren Besitz zu übertragen; denn es wäre ein unlösbarer Widerspruch, wenn der auf dem Nichtbestehen des Verhältnisses gegründete Anspruch hierzu benutzt werden könnte. Dieser Anspruch dient lediglich dazu, den ohne inneren Grund eingetretenen äußeren Erfolg wieder rückgängig zu machen, nicht aber, ihn in anderer Hand fortzusetzen[101]). Es kann also im § 870 nur der Anspruch aus dem Rechtsverhältnis gemeint sein, und es genügt nicht ein vermeintlicher, sondern nur ein entstandener Anspruch.

Der innere Grund, weshalb man annimmt, zur Begründung mittelbaren Besitzes genüge ein nur vermeintliches Rechtsverhältnis, ist der, daß anderenfalls das Recht zum Besitze auf das Bestehen des Besitzes Einfluß hätte. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb dies unmöglich sein sollte; denn das Gesetz selbst knüpft das Vorhandensein des mittelbaren Besitzes an einen Tatbestand, der sich zusammensetzt aus der Tatsache des unmittelbaren Besitzes und einem Rechtsverhältnis. Hätte das Gesetz eine tatsächliche Beziehung zwischen den beiden beteiligten Personen zugrundelegen wollen, so hätte es im § 868 nicht sagen dürfen: „besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher usw." sondern es wäre etwa die Fassung angebracht gewesen: „besitzt jemand eine Sache als ihm zum Nießbrauch überlassen", oder entsprechend dem § 955 Abs. 2: „besitzt jemand eine Sache zum Zwecke der Ausübung eines dinglichen oder einem Schuldverhältnisse entsprechenden Nutzungs- oder Verwaltungsrechts an ihr", oder wie im § 930: „ist zwischen dem Besitzer einer Sache und einem anderen ein Nießbrauch usw. oder ein ähnliches Verhältnis vereinbart worden". Hätte die Vorschrift eine derartige Fassung, so wäre deutlich ein bloß äußerlicher Sachverhalt als Grundlage des mittelbaren Besitzes gekennzeichnet. Nach der Fassung des Gesetzes aber kann nur ein gültiges Rechtsverhältnis gemeint sein. Als Nießbraucher besitzt nur, wer wirklich Nießbraucher ist. Zuzugeben ist allerdings, daß es nicht erforderlich ist, daß gerade das von den Parteien gewollte Rechtsverhältnis zustande gekommen sei. Auch wenn der Nießbrauch aus irgendeinem Grunde nichtig sein sollte, kann doch die Annahme eines ähnlichen Verhältnisses gerechtfertigt sein, z. B. einer Geschäftsführung ohne Auftrag[102]).

101) s. Mengelkoch S. 77; a. A. Rosenberg Bem. II 2 b ε zu § 868: Last, Iherings Jahrb. 63, 134; Kipp bei Windscheid I 809.

102) s. Rosenberg Bem. II zu § 868; Mengelkoch S. 79.

Bemerkenswert ist auch, daß das Reichsgericht, das sich der hier bekämpften Auffassung angeschlossen hat, bedeutende Ausnahmen von ihr macht, indem es erklärt, mittelbarer Besitz entstehe dann nicht, wenn das Besitzkonstitut infolge Willensmangels oder wegen Geschäftsunfähigkeit eines der Beteiligten nichtig sei[103]).

In einer anderen Entscheidung[104]) hat sich das RG. völlig auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt. Dort heißt es: „Dadurch, daß jemand annimmt, sein Vormann sei Besitzer, kann er nicht Besitzer werden, wenn er nicht wirklich die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt. So verhält es sich in erster Linie bei dem unmittelbaren Besitz. Bei dem mittelbaren Besitz muß zu der tatsächlichen Gewalt noch das Rechtsverhältnis hinzukommen, wegen dessen der mittelbare Besitzer für den anderen besitzt. Auch dieses Rechtsverhältnis besteht entweder oder es besteht nicht; der etwaige gute Glaube an das Bestehen ist für den Besitzerwerb ohne Bedeutung."

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen zu der Frage, ob der mittelbare Besitz dadurch endigen kann, daß der Mittler ohne Aufgabe der tatsächlichen Gewalt den Willen äußert, nicht mehr für den mittelbaren Besitzer besitzen zu wollen, ist dahin zusammenzufassen:

Der mittelbare Besitz ist ein juristischer Tatbestand, der sich zusammensetzt aus einer Tatsache, dem unmittelbaren Besitz des Mittlers, und einem Rechtsverhältnis, dessen Inhalt im § 868 BGB. näher bezeichnet wird. Dieses Rechtsverhältnis muß ein gültiges sein, während es gleichgültig ist, wie sich der konkrete Wille der Beteiligten zu ihm stellt. Der unmittelbare Besitzer kann also, außer durch Aufgabe der tatsächlichen Gewalt, den mittelbaren Besitzer nicht entsetzen.

Ist diese Auslegung des § 868 richtig, so kann der mittelbare Besitz auch dadurch nicht beendigt werden, daß der unmittelbare Besitzer mit einem Dritten ein neues Besitzmittlungsverhältnis begründet; denn das den mittelbaren Besitz gemäß § 868 schaffende obligatorische oder dingliche Verhältnis zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer wird durch die Entstehung des neuen Besitzmittlungsverhältnisses nicht beseitigt. Der Dritte und der ursprüngliche mittelbare Besitzer haben vielmehr mittelbaren Nebenbesitz an der Sache[105]). Sie stehen, da ihr mittelbarer Besitz auf selbständigen Rechtstiteln beruht, weder auf derselben, noch auf verschiedenen Stufen derselben Besitzleiter, sondern auf verschiedenen Besitzleitern.

Das RG. geht in den angeführten Entscheidungen von der oben abgelehnten Ansicht aus, daß das Bestehen des mittelbaren Besitzes von der Anerkennung durch den Mittler abhängig sei. Es faßt den Abschluß des neuen Besitzmittlungsvertrages als eine Absage von dem bisherigen Ver-

103) s. RG. 98, 133; 86, 262 ff.: JW. 1932, 1212 ff., RGRK. Bem. 2 zu § 868.
104) RG. 105, 415 ff.
105) s. Wolff § 15 II 2; Manigk, JW. 1928, 398; Dölle JW. 1932, 1212; Rohde XXI, 40; XXIII, 84 f.: a. A. RG. 119, 153 = JW. 1928, 1212; JW. 1933, 1996 und Herschel in der Anmerkung zu dieser Entscheidung; auch Brodmann bei Planck, Bem. 4 b α zu § 868; RGRK. Bem. 6 zu § 868.

hältnis auf, durch die der bisherige mittelbare Besitz beendigt werde. Weiterhin nimmt es aber ein Erlöschen des mittelbaren Besitzes in dem angeführten Falle auch dann an, wenn der Mittler garnicht die Absicht hat, den gegenwärtigen mittelbaren Besitzer zu entsetzen und sich diesem gegenüber auch nach Begründung des neuen Besitzmittlungsverhältnisses weiter als dessen Besitzmittler geriert. Als Grund hierfür führt das Reichsgericht an, ein mittelbarer Besitz mehrerer nebeneinander an derselben Sache (Nebenbesitz) sei nicht möglich. Zum mindesten dürften diejenigen, für die der unmittelbare Besitzer den Besitz vermitteln wolle, nicht in unvereinbarem Gegensatze zueinander stehen. Ein solcher Gegensatz sei stets vorhanden, wenn jeder der Beteiligten den alleinigen mittelbaren Besitz an der Sache für sich beanspruche. Demnach müßte der unmittelbare Besitzer, wenn er durch eine bestimmte, äußerlich feststellbare Handlung den vorher für A. begründeten mittelbaren Besitz dem B. einräume, in allen Fällen des bezeichneten unvereinbaren Gegensatzes die Rechtsfolge in Kauf nehmen, daß der mittelbare Besitz des A. erlösche, einerlei ob der unmittelbare Besitzer dies beabsichtigt habe oder nicht.

Gegen die Möglichkeit eines mittelbaren Nebenbesitzes führt das Reichsgericht[106]) aus, das BGB. spreche, wo vom Besitz die Rede sei, immer nur mit dem bestimmten Artikel von „dem Besitz". Daraus könne man ersehen, daß das Gesetz sich den Besitz als eine ausschließliche Gewalt über die Sache vorstelle, ebenso wie es beim Eigentum der Fall sei (§ 903) Es könne also nur einen Besitz und einen Besitzer geben. Das Gesetz enthalte allerdings gewisse Ausnahmen von diesem Grundsatze. Derartige Ausnahmen seien die Fälle des gemeinschaftlichen Mitbesitzes mehrerer Personen (§ 866) und des mittelbaren Besitzes (§§ 868, 871). Die Ausnahmefälle seien aber durch die angeführten Vorschriften erschöpfend geregelt; denn in unserem Besitzrecht gebe es keine Gestaltungsfreiheit. Dem § 868 sei aber der Gedanke, daß durch mehrere, voneinander unabhängige Besitzmittlungsverhältnisse, mehrere Personen nebeneinander durch Verbindung mit demselben Besitzmittler einen „gleichstufigen" mittelbaren Besitz an derselben Sache erlangen und behaupten könnten, offenbar fremd.

Außerdem würde, meint das Reichsgericht weiter, durch die Anerkennung des Begriffes eine große Rechtsunsicherheit erzeugt; es sei z. B. unklar, welchem der mittelbaren Besitzer die im § 1006 BGB. geordnete Eigentumsvermutung zugute kommen sollte. Dadurch würde die ohnehin schon zu stark geschwächte Publizitätsfunktion des Besitzes noch weiter abgebaut.

Deshalb müsse man den § 868 dahin auslegen, daß der unmittelbare Besitzer die Besitzvermittlung nur in der Richtung auf einen anderen, d. h. auf eine bestimmte Person oder Personengemeinschaft betätigen und nur diese zum mittelbaren Besitzer machen dürfe.

Die Gründe, die das Reichsgericht vorbringt, können nicht überzeugen. Mit Unrecht beruft es sich auf die Wortfassung des BGB.; denn das Gesetz gebraucht häufig den bestimmten Artikel bei der Nor-

---

[106]) RG. 119, 153; JW. 1932, 1212; JW. 1933, 1996.

mierung eines Rechtsinstituts, ohne daß es damit die Rechtszuständigkeit mehrerer Personen ausschließen will. So gibt es z. B. beim Eigentum die Berechtigung mehrerer nebeneinander, ohne daß diese mehreren in irgendeinem Zeitpunkte durch eine besondere rechtliche Beziehung aneinander gekettet zu sein brauchten; übereignet z. B. der unmittelbar besitzende Nichteigentümer die Sache des A. zur Hälfte dem redlichen B., so sind A. und B. zu je einhalb Miteigentümer geworden. Gleichwohl spricht aber das Gesetz stets von dem Eigentum und dem Eigentümer[107]).

Unbegründet ist auch die Befürchtung, daß durch die Anerkennung des Nebenbesitzes eine große Rechtsunsicherheit entstehe. Die Rechtsvermutung des § 1006 Abs. II BGB. wäre freilich im Verhältnis der mehreren mittelbaren Besitzer zueinander gegenstandslos, Dritten gegenüber würde sie jedoch zugunsten des mittelbaren Besitzers durchgreifen, der Gelegenheit findet, sich auf sie zu berufen[108]). Es kommt hinzu, daß das Reichsgericht selbst in seiner Bd. 119, 153 abgedruckten Entscheidung mit der Wendung, daß zum mindesten diejenigen, für die der mittelbare Besitz begründet werden solle, nicht im unvereinbarem Gegensatze zueinander stehen dürften, die Möglichkeit eines gleichstufigen mittelbaren Besitzes mehrerer an derselben Sache zugegeben hat. Demnach kann der Ansicht des RG. nicht beigetreten werden, und somit ist auch der vom Reichsgericht gezogene Schluß, daß der bestehende mittelbare Besitz beendigt werde, wenn der unmittelbare Besitzer mit einem Dritten ein neues Besitzmittlungsverhältnis begründe, nicht berechtigt.

b) Auflösung des Besitzmittlungsverhältnisses durch Untergang des Herausgabeanspruchs.

Wie bereits oben (S. 24) ausgeführt ist, ist es eine wesentliche Voraussetzung des mittelbaren Besitzes, daß zwischen den Beteiligten ein Anspruch auf Herausgabe der Sache besteht. Daraus folgt, daß der mittelbare Besitz endet, sobald dieser Herausgabeanspruch untergeht. Es genügt nicht etwa, daß das Rechtsverhältnis zu bestehen aufhört, wie z. B. die Miete durch Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist. Der Herausgabeanspruch ist der Kern des mittelbaren Besitzes, was sich schon daraus ergibt, daß zur Uebertretung des mittelbaren Besitzes die Abtretung des Herausgabeanspruchs genügt[109]).

Unrichtig ist die im RGRK.[110]) vertretene Ansicht, der mittelbare Besitz endige nach der Auflösung des Rechtsverhältnisses trotz Weiterbestehens des Herausgabeanspruches, sobald der unmittelbare Besitzer den Willen zu erkennen gebe, die Sache fortan nicht mehr für den mittelbaren Besitzer als dessen Besitzmittler, sondern für sich selbst oder einen Dritten zu besitzen. Diese Ansicht geht von der Auffassung aus, der mittelbare Besitz beruhe auf der Anerkennung durch den Besitzmittler und ist mit dieser abzulehnen.

---

107) s. Dölle, JW. 1932, 1212 ff.

108) s. Dölle, JW. 1932, S. 1212.

109) Cosack-Miteis § 10, 4; Rosenberg Bem. VI 2 zu § 868; Wolff § 15 II 2; Kreß S. 214; Kober bei Staudiger Bem. V 1 zu § 868; RG. 100, 415.

110) Bem. 6 zu § 868.

Erlischt aber der Herausgabeanspruch, z. B. durch Zeitablauf, durch Erlaß (§ 397 BGB.), durch Einigung der Parteien gemäß § 929 Abs. 2 BGB., so endigt auch der mittelbare Besitz. Nicht möglich ist, daß der mittelbare Besitzer seinen Besitz durch eine einseitige Erklärung oder Handlung aufgibt, wie es der unmittelbare Besitzer nach § 856 BGB. kann; denn durch eine einseitige Handlung des Gläubigers kann der Herausgabeanspruch nicht zum Erlöschen gebracht werden[111]). Auch Vergeßlichkeit oder Nichtwissen des mittelbaren Besitzers kann kein Endigungsgrund für den mittelbaren Besitz sein, da dadurch der Herausgabeanspruch nicht beseitigt wird.

§ 4. Beendigung des mittelbaren Besitzes durch Uebergang auf eine andere Person.

a) Uebergang des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs.

Zur Uebertragung des mittelbaren Besitzes genügt nach der Bestimmung des § 870 BGB., daß der mittelbare Besitzer seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzmittler einem Dritten abtritt, d. h. durch Vertrag überträgt. Danach ist nicht erforderlich, daß der Dritte in das zwischen dem mittelbaren Besitzer und dem Besitzmittler bestehende Verhältnis im Sinne des § 868 BGB. eintritt. Der mittelbare Besitz geht also z. B. schon dann über, wenn ein Verpächter seinen Herausgabeanspruch gegen den Pächter abtritt, sich aber die sonstigen Verpächterrechte, etwa den Anspruch auf Zahlung des Pachtzinses vorbehält. Selbstverständlich geht der mittelbare Besitz auch dann über, wenn die gesamten Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis abgetreten werden. Das ist sogar der Normalfall; denn nur unter dieser Voraussetzung sind in der Person des Erwerbers die Bedingungen gegeben, an welche der § 868 die Entstehung des mittelbaren Besitzes knüpft. Der Gesetzgeber hatte es somit nicht nötig, eine besondere Bestimmung dieses Inhalts zu treffen, da es sich unmittelbar aus dem § 868 ergibt. Die Bestimmung des § 870 BGB. ist offenbar lediglich zum Zwecke der Erleichterung des Rechtsverkehrs geschaffen worden.

Es handelt sich hier, wie nach der Stellung der Vorschrift im Gesetz nicht zweifelhaft sein kann, lediglich um die Abtretung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe. Es ist, wie bereits oben (§ 3a) näher dargelegt wurde, nicht etwa der Eigentumsanspruch gemeint.

Die Abtretung des Herausgabeanspruchs hat in jedem Falle die Wirkung des § 870. Es ist nicht etwa weiterhin erforderlich, daß sie ausdrücklich oder stillschweigend zu dem Zwecke erfolgt, für den Erwerber die Wirkungen des mittelbaren Besitzes eintreten zu lassen. Daher hat die Abtretung z. B. auch in dem Falle den Uebergang des mittelbaren Besitzes zur Folge, daß jemand beauftragt wird, den Herausgabeanspruch für den Berechtigten geltend zu machen und ihm zu diesem

[111]) s. Wolff § 78 II 1 a; Kreß S. 214: Biermann Bem. 7 c zu § 868; Rosenberg Bem. VI 3 b zu § 868; a. A. Gierke, DPR. § 115, S. 243; OLG. München in Seuff. Arch. 67 Nr. 131, nach denen zur Aufgabe des mittelbaren Besitzes der Entschluß genügen soll, nicht mehr besitzen zu wollen.

Zwecke nach außen hin der Herausgabeanspruch abgetreten wird, oder wenn der Vermieter dem neuen Mieter den Herausgabeanspruch gegen den gegenwärtigen Mieter abtritt, um sich selbst der Ueberlassung des unmittelbaren Besitzes zu entheben; denn der Abtretende kann, da er den Herausgabeanspruch gegen den Mittler nicht mehr hat, nicht mehr mittelbarer Besitzer bleiben, und es liegt kein Grund vor, dem neuen Herausgabeberechtigten den mittelbaren Besitz zu versagen[112]. Der bisherige mittelbare Besitzer erwirbt allerdings in derartigen Fällen gewöhnlich auf Grund des zwischen ihm und dem Abtretungsempfänger bestehenden Verhältnisses zugleich mit der Abtretung des Anspruchs einen mittelbaren Besitz höherer Stufe (§ 871 BGB.).

Die Abtretung erfolgt nach §§ 398 ff. BGB. durch einen Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen mittelbaren Besitzer. Es bedarf weder einer Mitwirkung des unmittelbaren Besitzers, noch einer Anzeige an diesen[113]. Auch kann eine vorherige oder nachträgliche Weigerung des unmittelbaren Besitzers, den neuen Gläubiger als mittelbaren Besitzer anzuerkennen, den Uebergang des mittelbaren Besitzes nicht hindern; denn wie oben ausgeführt ist, kann der mittelbare Besitz durch eine derartige Erklärung des Mittlers nicht beendigt werden[114].

Tritt der mittelbare Besitzer den Anspruch auf Herausgabe der Sache, nachdem er ihn bereits abgetreten hat, noch einmal an einen anderen ab, so geht dadurch der mittelbare Besitz nicht auf den zweiten Abtretungsempfänger über, selbst wenn der unmittelbare Besitzer sich gemäß §§ 408, 409 BGB. durch Auslieferung der Sache an diesen von seiner Schuld befreien kann; denn der bisherige mittelbare Besitzer konnte, da er im Zeitpunkte der zweiten Abtretung nicht mehr Gläubiger des Herausgabeanspruchs war, durch diese nicht mehr wirksam über den Anspruch verfügen. Die §§ 408, 409 BGB. sind lediglich Schutzvorschriften zugunsten des Schuldners, die ihm, wenn er den wahren Gläubiger nicht kennt, ermöglichen sollen, sich durch Leistung an einen Nichtgläubiger zu befreien. Es ist ferner ohne Einfluß auf den Bestand des mittelbaren Besitzes des ersten Abtretungsempfängers, wenn der unmittelbare Besitzer dem zweiten Abtretungsempfänger gegenüber erklärt, fortan für ihn besitzen zu wollen[115].

b) Uebergang des mittelbaren Besitzes im Falle, daß der Herausgabeanspruch in anderer Weise als durch Abtretung übertragen wird.

Ueber den Wortlaut des § 870 hinaus muß der Uebergang des mittelbaren Besitzes auch mit einem in anderer Weise als durch rechtsgeschäft-

---

112) s. Brodmann bei Planck Bem. 2 zu § 870; Rosenberg zu § 870; Wolff § 14 II 1; a. A. Rohde Abschnitt XXI S. 64 f.; Bruns, Besitzerwerb, 97.; Kluckhohn, Verfügungen zugunsten Dritter S. 184.

113) s. RG. 52, 273 ff.

114) s. oben § 3 a; Rohde Abschnitt XXI, 68 ff.; Kober bei Staudinger Bem. I 1 c zu § 870; Rosenberg Bem. 5 zu § 870; a. A. Biermann Bem. 1 zu § 870; Brodmann bei Planck Bem. 8 zu § 868.

115) s. oben § 3 a.

liche Abtretung erfolgenden Erwerb des Herausgabeanspruchs verbunden sein.

Hierher gehören alle diejenigen Fälle, in denen das Gesetz an einen nicht auf Abtretung des Herausgabeanspruchs gerichteten rechtsgeschäftlichen Vorgang den Uebergang des Anspruchs knüpft; denn der Uebergang des Anspruchs kraft Gesetzes hat die gleiche Wirkung wie die rechtsgeschäftliche Uebertragung (§ 412, BGB.). So findet ein Uebergang des Herausgabeanspruchs und folglich auch des mittelbaren Besitzes statt, wenn ein vermietetes oder verpachtetes Grundstück veräußert wird (§ 571 BGB.)[116].

Gleichfalls gehört hierher der bereits oben[117]) erörtete Fall des Ueberganges des Herausgabeanspruchs auf den Erben und sonstigen Gesamtrechtsnachfolger.

Der Abtretung des Herausgabeanspruchs steht nicht gleich eine gerichtliche Ueberweisung zur Einziehung im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 846 ZPO., weil hier der Anspruch selbst nicht auf den Vollstreckungsgläubiger übergeht, sondern ihm nur eine Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs erteilt wird[118]).

Besteht zwischen einem Anweisenden und dem Angewiesenen ein dem § 868 entsprechendes Verhältnis, so geht durch die vom Angewiesenen angenommene Anweisung auf Herausgabe der Sache der mittelbare Besitz auf den Anweisungsempfänger über. Die Anweisung allein genügt zur Uebertragung des Herausgabeanspruchs nicht[119]). Erst durch die Annahme der Anweisung (§ 784 BGB.) entsteht für den Anweisungsempfänger der Anspruch auf Herausgabe und somit auch mittelbarer Besitz.

Ein Uebergang des mittelbaren Besitzes findet auch statt im Falle der Begebung eines handelsrechtlichen Traditionspapiers (Konossement, Ladeschein, Orderlagerschein, §§ 363 Abs. 2, 424, 450, 647 HGB.). Ueber die Auslegung dieser Vorschriften besteht allerdings lebhafter Streit:

Die sogenannte absolute Theorie[120]) sieht in der Begebung der Traditionspapiere ein ganz selbständiges, von der Besitzfrage losgelöstes Mittel der Rechtsübertragung (der Auflassung vergleichbar). Sie läßt den legitimierten Papiereigentümer auch dann den (mittelbaren) Besitz erwerben und behalten, wenn der Lagerhalter usw. die in dem Papier bezeichneten Güter garnicht im Besitz hat, z. B. wenn sie ihm gestohlen sind. Es soll genügen, wenn er sie einmal übernommen hat.

Ihr stehen zwei relative Theorien und zwar die sog. streng relative und die Repräsentationstheorie gegenüber.

---

[116]) Brodmann bei Planck Bem. 9 zu § 870; Kreß S. 209; RG. JW. 08, 135; RG. 59, 188; Rosenberg Bem. 2 b zu § 870.

[117]) s. oben § 2 a.

[118]) s. RG. JW. 1906, 387 = RG. 63, 214 ff.; dagegen Bruns, Besitzerwerb . . S. 98 ff.

[119]) Wolff § 14 II c; Brodmann bei Planck Bem. 4 zu § 868.

[120]) Heymann, Traditionspapiere, S. 135 ff.; Brodmann bei Planck Bem. 7 zu § 870.

Die streng relative Theorie[121]) sieht in der Uebertragung durch Traditionspapiere einen Fall der Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Nach ihr kann folglich der mittelbare Besitz nur dann auf den Erwerber des Papiers übergehen, wenn die Voraussetzungen des § 870 BGB. vorliegen.

Auch die als Repräsentationstheorie näher gekennzeichnete zweite relative Theorie setzt für den Erwerb von Rechten an der Sache Besitz bei dem Lagerhalter usw. voraus. Aber sie erblickt in der Rechtsübertragung durch das Traditionspapier eine besondere, handelsrechtliche Form der Rechtsübertragung. Das Papier repräsentiert die Ware selbst. Es bedarf folglich, wenn das Papier begeben wird, für den Rechtserwerb keiner Abtretung des Herausgabeanspruchs[122]).

Der Repräsentationstheorie ist beizutreten. Sie zeitigt auch praktisch die besten Ergebnisse. Die absolute Theorie ist deshalb nicht haltbar, weil die Papiere nach der Gesetzesbestimmung nur dann Traditionspapiere werden können, wenn der Schuldner (Reeder, Lagerhalten) das Gut wirklich übernommen hat. Also geht das Gesetz offenbar davon aus, daß der Schuldner auf die Sache einwirken kann. Hat er den unmittelbaren Besitz am Gut verloren, so ist das Papier somit kein Traditionspapier mehr[123]).

Die streng relative Theorie steht, wenn sie behauptet, der Erwerber erwerbe genau nach den Regeln, nach denen Rechte an Sachen durch den Erwerb des mittelbaren Besitzes erworben würden, schon mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch; denn danach soll er so geschützt werden, wie der, der die Uebergabe der Güter selbst erhält; das Papier repräsentiert also das Gut selbst[124]). Weiter steht der streng relativen Theorie entgegen, daß nach ihr bei einer Verpfändung des Gutes dem unmittelbaren Besitzer Anzeige gemacht werden muß. (§ 1205 Abs. 2 BGB.), was in der Regel bei einem Gute, das zu Schiff transportiert wird, nicht möglich ist. Weiter spricht gegen die streng relative Theorie, daß sie die Bestimmungen des HGB. über die Traditionswirkungen neben dem § 870 BGB. überflüssig machen würde; denn nach ihr hätte die Abtretung eines nicht indossierten Lagerscheins und eines Inhaberlagerscheins die gleichen Wirkungen für den Erwerb von Rechten am Gute, wie die Uebergabe eines indossierten Lagerscheins, der von einer staatlich zur Ausstellung von Lagerscheinen an Order ermächtigten Anstalt ausgegeben ist. Das kann aber nicht richtig sein; denn sonst wäre die Beschränkung der Traditionspapiereigenschaft auf Lagerscheine, die durch staatlich besonders dazu ermächtigte Anstalten ausgestellt werden, sinnlos. Nach all dem wird man sich der Repräsentationstheorie anschließen müssen.

---

[121]) Makower, Komm. zu § 424; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 344, 497 ff.

[122]) Gadow bei Staub Bem. 10 zu § 365; Lehmann bei Düringer-Hachenburg Bem. 8 zu § 424; Jacobi, Wertpapiere, in Ehrenbergs Handbuch IV 1, S. 539 ff.; Grundriß § 24; Cosack, Lehrbuch, § 135 III Anm. 2; Gierke DPR. II 233; Schaps, Seerecht, § 647 Anm. 2, 3, 5; von Schwerin § 56.

[123]) Jacobi, Grundriß § 24.

[124]) s. N. 123.

Der legitimierte Erwerber eines Traditionspapiers erlangt den mittelbaren, nicht etwa den unmittelbaren Besitz an dem Gute. Auch dies wird von einigen Schriftstellern bestritten. Diese schützen sich auf den Wortlaut der §§ 424, 450, 647 HGB., nach dem die Uebergabe des Scheines an denjenigen, der durch denselben zur Empfangnahme des Gutes legitimiert werde, für den Erwerb von Rechten am Gute dieselben Wirkungen habe wie die Uebergabe des Gutes selbst[125]). Diese Vorschriften bezwecken aber lediglich, eine erleichterte Form der Uebertragung von Rechten am Gute zu schaffen. Daher steht nur soweit der Erwerb von Rechten am Gute in Frage steht, die Uebertragung des Scheines der Uebertragung des Gutes gleich, im übrigen aber nicht. Folglich kann der Erwerber des Papiers auch nicht ohne weiteres unmittelbarer Besitzer des Gutes werden[126]).

Die Urkundenbegebung ist im übrigen nicht die einzige Form, in der der mittelbare Besitz an urkundlich verkörperten Gütern übertragen werden kann. Ebenso, wie es anerkannten Rechtes ist, daß die Rechte aus einem Wechsel durch Abtretung verbunden mit der Uebergabe des Papiers übertragen werden können[127]), gilt dasselbe auch für an Order gestellte Lagerscheine, Ladescheine und Konossemente, wenn auch auf diesem Wege, im Gegensatz zur Rechtsübertragung mittels Indossaments, die in den §§ 364, 365 HGB. vorgesehene Beschränkung der Einwendungen des Schuldners nicht herbeigeführt wird. Zu der Abtretung der Rechte aus einem derartigen Papier muß aber notwendig die Uebergabe des Papiers selbst hinzukommen. Das wird man im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs verlangen müssen; denn nur so werden klare Verhältnisse geschaffen. Ohne Anerkennung dieses Grundsatzes wären die Traditionspapiere als sachenrechtliche Legitimationspapiere ohne Bedeutung. Könnte der Papierinhaber den mittelbaren Besitz am Gute durch einfache Abtretung des Herausgabeanspruchs ohne Uebergabe des Papiers übertragen, so müßte jeder, der ein derartiges Papier durch ordnungsgemäße Begebung erwürbe, damit rechnen, daß der Schuldner die Güter bereits an einen anderen ausgeliefert hat. Dies ist auch der Standpunkt des Verkehrslebens. Außerdem ist, wenn ein Dispositionspapier ausgestellt ist, als stillschweigend vereinbart anzunehmen, daß der Schuldner nur gegen Rückgabe des Papiers zur Leistung verpflichtet sein soll[128]).

Zweifelhaft ist auch, ob und unter welchen Voraussetzungen der mittelbare Besitz desjenigen, der auf Grund eines Frachtvertrages eine Sache einem Frachtführer zur Beförderung übergeben hat, auf den Empfänger übergeht. Man könnte aus der Fassung der §§ 433 bis 435 HGB. den Schluß ziehen, mit der Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte erwerbe der Empfänger mittelbaren Besitz neben dem Absender, weil er in diesem Zeitpunkte das Recht erlangt, vom Fracht-

---

125) RGRK. Bem. 1 zu § 870 BGB.; Biermann Bem. I a zu § 870; Bem. 2 zu § 934.

126) s. Lehmann bei Düringer-Hachenburg Bem. 9 zu § 424; Ritter, Kommentar Bem .3 zu § 424; J. v. Gierke, Handelsrecht § 72 VIII 1 c; Wolff, Ehrenbergs Handb. IV, 1, § 7 I, 1; OLG. 6, 97; 8, 390.

127) Staub-Stranz, Bem. 9 zu Art. 9 WO.

führer die Herausgabe der Sache zu verlangen (§ 435 HGB.), und wenn dann weiterhin dem Empfänger der Frachtbrief ausgehändigt werde oder er gegen den Frachtführer Klage auf Herausgabe des Gutes erhebe, (§ 433 HGB.), so werde er mittelbarer Alleinbesitzer, da in diesem Zeitpunkte das Verfügungsrecht des Absenders erlösche[129]). Diese Auffassung ist aber nicht richtig; denn der Frachtvertrag ist, falls nicht der Absender sich selbst als den Empfänger des Gutes bezeichnet, ein Vertrag zugunsten eines Dritten im Sinne der §§ 328 ff. BGB.[130]), und somit ist die Regelung der §§ 433 bis 435 HGB. nur ein Sonderfall zu diesen Bestimmungen. Hieraus folgt, daß der Anspruch des Empfängers auf Auslieferung des Gutes nicht der auf diesen übergegangene Herausgabeanspruch des Absenders ist, sondern der Anspruch in der Person des Empfängers selbständig begründet wird. Er ist auch nicht geeignet, mittelbaren Besitz für den Empfänger entstehen zu lassen, der vielmehr erst mit der Ausladung anfängt, zu besitzen. Bis zu diesem Zeitpunkte bleibt auch der Absender mittelbarer Besitzer[131]).

§ 5. Insbesondere die Beendigung des mittelbaren Besitzes im Falle der Besitzstufung.

Für die Beendigung des abgestuften mittelbaren Besitzes (§ 871 BGB.) ergeben sich aus dem Gesetz keine Besonderheiten. Es müssen daher die oben (§§ 2—4) für den Verlust des einfachen mittelbaren Besitzes gewonnenen Regeln hier entsprechend angewandt werden. Daraus ergibt sich:

Verliert der unmittelbare oder einer der mittelbaren Besitzer seinen Besitz auf einem der oben (§§ 2—4) geschilderten Wege, oder wird das Besitzmittlungsverhältnis zwischen ihm und dem über ihm stehenden mittelbaren Besitzer aufgelöst, so wird die Besitzleiter durchbrochen, und auch alle oberhalb dieser Stelle der Besitzleiter stehenden, nachfolgenden mittelbaren Besitzer verlieren den mittelbaren Besitz. Diese Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn der Verlierer des unmittelbaren Besitzes gleichzeitig mittelbarer Besitzer wird oder der mittelbare Besitzer, der dieses Besitzes verlustig geht, gleichzeitig den unmittelbaren Besitz oder einen neuen mittelbaren Besitz erlangt, oder wenn ein Dritter in die Rechte und Pflichten aus dem Besitzmittlungsverhältnis des ausscheidenden mittelbaren oder unmittelbaren Besitzers eintritt.

---

128) Gadow bei Staub Bem. 10 zu § 365; Bem. 13 zu § 364; Breit bei Düringer-Hachenburg Bem. 24 zu § 364; Jacobi, Ehrenb. H. IV, 1, S. 447, 547; Schaps, Seerecht Bem. 6 zu § 647; von Schwerin § 56 V.

129) so Cosack, Lehrbuch § 146, I 6.

130) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 480 ff.; Bing bei Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anm. 8 zu § 433; Gadow bei Staub Bem. 2 zu § 433; RG. 91, 65.

131) Wolff, Ehrenbergs Handbuch IV 1, § 6, S. 29; Gadow bei Staub Bem. 1. zu § 434; Bing bei Düringer-Hachenburg Bem. 9 zu § 433; Brodmann bei Planck Bem. 9 zu § 870; RG. 27, 86.